

Die Wiederaufnahme des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit

von

MANFRED LUDOLPH
aus Zwickau

Die Wiederaufnahme des Verfahrens
in der
freiwilligen Gerichtsbarkeit

Inaugural-Dissertation der Juristischen Fakultät der
Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von

Manfred L u d o l p h
aus Zwickau

Approbiert am: 13. Februar 1962



Referent: Professor Dr. K. H. Schwab

Dekan: Professor Dr. J. Herrmann

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	S. I
Literatur- und Abkürzungsverzeichnis	S. III

I. Teil

Bedürfnis nach Wiederaufnahme des Verfahrens	S. 1
§ 1 Die Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit	S. 1
A) Wesen der materiellen Rechtskraft	S. 2
B) Umfang der materiellen Rechtskraft	S. 6
C) Rechtskraft und freiwillige Gerichtsbarkeit	S. 10
D) Bindungswirkung	S. 15
§ 2 Abänderbarkeit von Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit; Zusammenfassung	S. 18

II. Teil

Andere Abhilfsmöglichkeiten außer Wiederaufnahme des Verfahrens	S. 23
§ 3 Extensive Auslegung von Abänderungsvorschriften	S. 23
A) Formell rechtskräftige Verfügungen	S. 23
B) Nachträgliches Bekanntwerden von Tatsachen	S. 26
C) Rückwirkung von Änderungen	S. 29
D) Zusammenfassung	S. 31
§ 4 Nichtigkeit von Entscheidungen	S. 33
A) Nichtigkeit von Staatsakten	S. 33
1) Nichtigkeit von Urteilen im Zivilprozeß	S. 33
2) Nichtigkeit von Verwaltungsakten	S. 34
B) Nichtigkeit von Entscheidungen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit	S. 36

§ 5 Verbot der Benützung erschlichener Entscheidungen	S. 42
§ 6 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	S. 45
§ 7 Gesetzlich geregelte Wiederaufnahme des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit; Zusammenfassung	S. 46

III. Teil

Rechtliche Möglichkeiten der Wiederaufnahme des Verfahrens	S. 48
§ 8 Analogie zu den Fällen gesetzlich geregelter Wiederaufnahme des Verfahrens in der frei- willigen Gerichtsbarkeit	S. 48
§ 9 Analogie zur ZPO, Allgemeines	S. 51
§ 10 Analogie zur ZPO im echten Parteistreitver- fahren	S. 52
§ 11 Analogie zur ZPO im klassischen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit	S. 66
§ 12 Analogie zu den §§ 578 ff. ZPO	S. 67
§ 13 Wiederaufnahmemöglichkeit als rechtsstaat- licher Grundsatz	S. 80

IV. Teil

Verfahren der Wiederaufnahme	S. 83
§ 14 Wiederaufnahmegründe	S. 83
§ 15 Form der Wiederaufnahme	S. 85

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv der zivilistischen Praxis
Arch. f. Bürg. R.	Archiv für bürgerliches Recht
BayObLGZ	Entscheidung des Bay. Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BFH	Bundesfinanzhof
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidung in Strafsachen des Bundesgerichtshofes
BGHZ	Entscheidung in Zivilsachen des Bundesgerichtshofes
BSG	Bundessozialgericht
BVGg	Bundesverwaltungsgerichtsgesetz
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DR	Deutsches Recht
DRZ	Deutsche Richterzeitung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
JFG	Jahrbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NdsRpfl	Niedersächsischer Rechtspfleger
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLGR	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
RdL	Recht der Landwirtschaft
RGB1	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen in Zivilsachen des Reichsgerichts

Rh.Z.f.Z.u.PR	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
Rpfl.	Rechtspfleger
RzW	Rechtsprechung zum Wiedergutmachungs- recht, NJW-Beilage
Schl.H.Anz.	Schleswig-Holstein Anzeigen, Justiz- ministerialblatt von Schleswig-Holstein
Seuff.Arch.	Seufferts Archiv
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VOBl.d.Br.Z.	Verordnungsblatt der britischen Zone
ZBlFG	Zentralblatt der freiwilligen Gerichts- barkeit
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeßrecht

Literaturverzeichnis

- | | |
|-----------------------|---|
| Auerbach, Leonhard | Freiwillige Gerichtsbarkeit, Essen 1954 |
| Bauknecht | Der Geschäftsbereich der Ferienzivilkammern und -senate, NJW 52,1164 |
| Baumbach-Lauterbach | Kommentar zur ZPO, 26. Aufl. München-Berlin 1961 |
| Baumbach-Schwab | Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. München-Berlin 1960 |
| Baur, Fritz | Lehrbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit 1955 |
| Baur, Fritz | Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 1953,393 |
| Bärmann, Joh. | "Echtes Streitverfahren" in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, AcP 124,373 |
| Barnstaedt-Mayer | Kommentar zur LVO 1954 |
| Bender, B. | Der nichtige Verwaltungsakt (ein kritischer Beitrag zum Theorienstreit), DVBl 53,33 |
| Bettermann, Karl Aug. | Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, Festschrift für Lent S. 17 |
| Bettermann, Karl Aug. | Über die materielle Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile, MDR 54,7 |
| Blomeyer, Karl | Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß, Festschrift für Hedemann |
| Bosch, F.W. | Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, AcP 149,32 |
| Bötticher, Eduard | Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930 |
| Bötticher, Eduard | Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 56,585 |
| Bötticher, Eduard | Streitgegenstand und Rechtskraft im Kündigungsprozeß, Festschrift für Herschel 1955 |

- Bötticher, Eduard Die Bindung der Gerichte an die Entscheidungen anderer Gerichte, Festschrift Deutscher Juristentag, Karlsruhe 1960, Band I S. 511 ff.
- Brauns Über die materielle Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP 44, 215
- Bruns, Hans Jürgen Bindet die Rechtskraft deklaratorischer Urteile der Zivil- und Verwaltungsgerichte auch den Strafrichter? Festschrift für Lent 1957
- Burkhardt, Herbert Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm v. 4.2.1952, RZW 52, 185
- Carlebach, Rudolf Kommentar zum FGG, Stuttgart 1930
- Dernburg Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten, DJZ 1905, 465
- Dorner, Emil Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Karlsruhe 1899
- Duden-Rowedder Kommentar zum Vertragshilfegesetz, 1952
- Dudek-Lindemann Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. Breslau 1908
- Eyermann-Fröhler Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung München-Berlin 1960
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 7. Auflage München 1958
- Friedrichs, Karl Streitverfahren Berlin 1929
- Fuchs, August Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Leipzig 1900
- Gäbelein, Wolfgang Zur Abänderbarkeit von Entscheidungen, JZ 55, 260
- Gaul, Hans Friedhelm Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, Bielefeld 1956
- Habscheid, Walter Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Parteistreitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956

Habscheid, Walter	Schiedsverfahren und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66,188
Habscheid, Walter	Zum Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 54,689
Habscheid, Walter	Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, Nebenintervention und Streitverkündung im echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rpfl 57,288
Hedemann, Justus W.	Die Flucht in die Generalklausel, Tübingen 1933
Haegel	Anmerkung zum Beschluß des OLG Stuttgart vom 12.12.52, DNotZ 53,216
Hellwig	Rechtskraft und Einrede der Arglist, Recht 10,714
Herminghausen	siehe Wöhrmann
Heyn	Formelle und materielle Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZBlFG 13,654
Hoche	Anmerkung zum Urteil des BGH, NJW 52,1289
Hufnagel, Franz	Widerruf des Verwaltungsaktes oder Wiederaufnahme des Verwaltungsverfahrens? DVBl 51,623
Hümmer, Erwin	Die Rechtskraft der Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Erlanger Diss. 1958
Jansen, Paul	FGG, Handkommentar Berlin 1959
Jastrow, Hermann	Die Gesetze des Reichs und Preußens über die freiwillige Gerichtsbarkeit, Berlin 1906
Jastrow-Günther	Kommentar zum FGG, 7. Aufl. Berlin-Leipzig 1928
Jauernig, Othmar	Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt/M. 1958
Jauernig, Othmar	Warum keine Verbindung von Prozeß- und Sachabweisung? JZ 55,235

- Josef, Eugen Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. Berlin 1906
- Josef, Eugen Die materielle Rechtskraft der Entscheidungen im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Gegensatz zu den Urteilen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, ZZP 31,71
- Josef, Eugen Der Einfluß des bürgerlichen Rechts auf Verfahrenshandlungen und auf Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP 42,42
- Kamm, Walter Die materielle Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP 44,84
- Keidel, Theodor Kommentar zum FGG, 6. Aufl. München-Berlin 1954
- Keidel, Theodor Kommentar zum FGG, 7. Aufl. München-Berlin 1959
- Keidel, Theodor Aus der Rechtsprechung zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 53,272
- Keidel, Theodor Aus der Rechtsprechung zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 54,323
- Keidel, Theodor Die Beeidigung Beteiligten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 54,564
- Keidel, Theodor Aus der Rechtsprechung zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 57,746
- Keidel, Theodor Anmerkung zum Urteil des BGH vom 8.7.53, JZ 53,760
- Klinger, Hans Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Göttingen 1961
- Kobler, Franz Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt vom 25.2.1953, DNotZ 53,445
- Koehler, Alexander Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin-Frankfurt/M. 1960
- Kniesch, Joachim Notwendigkeit der Einheit der Rechtspflege, NJW 54,1137

Kniesch, Joachim	Zur Vereinheitlichung des Gerichtsverfahrens, MDR 54,5
Lange-Wulff	Gesetz über das Verfahren in Landwirtschaftssachen, München-Zelle 1954
Lent, Friedrich	Freiwillige Gerichtsbarkeit, ein Studienbuch, 3. Aufl. München 1958
Lent-Jauernig	ZPO, Zivilprozeßrecht, ein Studienbuch 10. Aufl. München-Berlin 1961
Lent, Friedrich	Zur Lehre vom Streitgegenstand, ZZP 65,315
Lent, Friedrich	Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66,267
Leyerson	Über die Wirkung der Rechtskraft eines aus einem wucherischen Wechsel erwirkten Versäumnisurteils, Arch. Bürgl. R. 17,107
Mathieu	Das Vertragshilfeverfahren als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DNotZ 53,371
Menger, Christian	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954
Müller, Hans Werner	Anhörung der Beteiligten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit NJW 53,1659
Müller, Hans Werner	Der Vergleich im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 54,17
Müller, Hans Werner	Verfahrensverweisung, insbesondere in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP 67,1
Müller, Hans Werner	Wiederaufnahme in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DNotZ 53,184
Münzel, Karl	Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung, ZZP 66,334
Münzel, Karl	Zur Änderung rechtskräftiger Entscheidungen in der Wertpapierbereinigung, NJW 52,721
Niese, Werner	Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950
Nikisch, Arthur	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. Tübingen 1952

Oertmann, Paul	Ausbeutung der Rechtskraft, Arch.Bürg.R. 42,1
Pagenstecher	Nochmals: Die praktische Bedeutung des Streits über die Rechtskraft, Rh.Z.f.Z.u. PR 1914,489
Peters, Karl	Das echte Streitverfahren im Bereich des FGG, MDR 52,135
Peters, Karl	Lehrbuch des Strafprozesses, 1952
Pohle, Rudolf	Gedanken über das Wesen der Rechtskraft in Estratto dagli Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei, Padua 1957 Cedam-Verlag
Pohle, Rudolf	Die Rechtskraft in Zivil- und Strafpro- zeß, Juristische Blätter 57,113
Potrykus	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 14.7.53, NJW 53,1746
Pritsch, Erich	Aus der Rechtsprechung des BGH in Landwirt- schaftssachen; MDR 51,533
Reichel, Hans	Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereiche- rung, Festschrift für Wach 1913 Bd. III
Reinicke, Gerhard	Die Kollision zwischen Rechtsfrieden und Gerechtigkeit, NJW 52,3
Reuter	Die materielle Rechtskraft in der freiwilli- gen Gerichtsbarkeit, Diss. Frankfurt 1946
RGR-Kom.	Das BGB, Kommentar herausgegeben von Reichs- gerichtsräten und Bundesrichtern (RGR) 11. Aufl., Berlin (Bd. 1) 1958
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl. München-Berlin 1960
Saage, Erwin	Kommentar zum Vertragshilfegesetz, Berlin- Frankfurt/M. 1952
Sauer, Wilhelm	Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin-Köln- Detmold-München 1951
Sauer, Wilhelm	Umstrittene Grundbegriffe des Prozeßrechts, JR 51,257

- Sauer, Wilhelm Zum Streit um die materielle Rechtskraft, Festschrift für R. Schmidt, Leipzig 1932, Bd. I
- Schlegelberger, Franz Kommentar zum FGG, 6. Aufl., Köln-Berlin 1952
- Schlegelberger, Franz Kommentar zum FGG, 7. Aufl., Köln-Berlin 1956
- Schneider, Konrad Das Beschlußverfahren und die Rechtskraft in privatrechtlichen streitigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP 29,96
- Schneider v. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 4. Aufl. München 1932
- Schönke, Adolf Lehrbuch der ZPO, 7. Aufl., Karlsruhe 1951
- Schorn Einheitliche Gerichtsbarkeit, DRZ 54,41
- Schultze-Görlitz Kommentar zum FGG, Berlin 1900
- Schwab, Karl Heinz Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München-Berlin 1954
- Schwab, Karl Heinz Der Streitgegenstand im Eheprozeß, ZZP 65,101
- Schwab, Karl Heinz Bindung des Strafrichters an rechtskräftige Zivilurteile? NJW 60,2169
- Siegert Die Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP 54,435
- Siehr, Kurt Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1930
- Stein-Jonas-Schönke Kommentar zur ZPO, 18. Aufl. Tübingen 1956
- Vogel, Benno Die Verteilung des Hausrats durch den Richter nach der VO vom 21.10.1944, JR 49,433
- Wendt Die exceptio doli generalis im heutigen Recht, AcP 100,1
- Wöhrmann-Herminhausen Das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen, Hamburg 1954
- Wulff s. Lange-Wulff

I

Bedürfnis nach Wiederauf-
nahme des Verfahrens

§ 1

Die Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit

In Literatur und Rechtsprechung hat sich immer mehr die Auffassung durchgesetzt, daß auch Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit materieller Rechtskraft fähig sind. Während Jastrow ¹⁾ diese Frage noch gar nicht erörterte ²⁾, hat sich Carlebach ³⁾ auf den Standpunkt gestellt, daß es für die freiwillige Gerichtsbarkeit grundsätzlich keine materielle Rechtskraft gäbe. Von der Existenz materieller Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit hängt die rechtliche Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ab. Die Wiederaufnahme des Verfahrens dient der nachträglichen Beseitigung bereits eingetretener Rechtskraft ⁴⁾. Wenn man mit Carlebach ⁵⁾ die materielle Rechtskraft für die freiwillige Gerichtsbarkeit überhaupt ablehnt, scheidet die Wiederaufnahme des Verfahrens naturnotwendig von vornherein aus. Die Frage des praktischen Bedürfnisses für eine Wiederaufnahme wäre deshalb nicht mehr zu prüfen, wenn man der Wiederaufnahme durch Verneinung der materiellen Rechtskraft die dogmatische Grundlage entzieht. Sowohl Lent ⁶⁾ als auch Baur ⁷⁾

1) Die Gesetze des Reichs und Preussens über die F.G. Berlin 1906

2) Jastrow a.a.O. Anm. 4,5 zu § 18 nehmen Bezug auf Anm. 3 zu § 31, wo er die formelle Rechtskraft bestimmt.

3) Kommentar zum FGG, Stuttgart 1913 S. 92; gleicher Auffassung war Schlegelberger, 6 Aufl. Rn 8 zu § 16, nunmehr (7. Aufl. a.a.O.) hält er, wenn auch unter großen Bedenken, mat. Rechtskraft bei echten Streitsachen für möglich.

4) Vergl. statt vieler Gaul § 1, Rosenberg § 154 III¹ der für seine Auffassung jedoch keine Begründung gibt.

5) Carlebach a.a.O.

6) Lent § 19

7) Baur § 25 II 2 d, 31, 32

scheinen diesen Gesichtspunkt nicht beachtet zu haben. Jedenfalls bringen sie ihn nicht zum Ausdruck.

Einer Untersuchung über die Frage der Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit muß deshalb zwangsläufig eine Überprüfung der Frage der materiellen Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorangehen. Hierbei ist es zunächst nicht von grundsätzlicher Bedeutung, ob man mit der herrschenden Meinung zu dem Ergebnis kommt, daß nur Entscheidungen über gewisse Materien, die unter die Regeln des FGG gestellt sind, der materiellen Rechtskraft fähig sind ⁸⁾ oder ob man der hier vertretenen Auffassung folgt, daß jede Entscheidung der freiwilligen Gerichtsbarkeit materieller Rechtskraft fähig sein kann ⁹⁾. Je nachdem, welcher der beiden Auffassungen man folgt, ergibt sich, ob die Wiederaufnahme generell zulässig sein kann oder aber ob sich die Zulässigkeit nur auf jene Gebiete erstreckt, die von der materiellen Rechtskraft berührt werden. Damit ist natürlich noch nicht gesagt, daß die Existenz materieller Rechtskraft allein schon die Wiederaufnahme des Verfahrens rechtfertigt. Es muß vielmehr noch ein Bedürfnis und eine Analogiemöglichkeit zu einem gesetzlich geregelten Wiederaufnahmeverfahren hinzutreten.

A) Das Wesen der materiellen Rechtskraft

1) Zunächst sind formelle und materielle Rechtskraft zu unterscheiden. Unter formeller Rechtskraft versteht man einhellig Unanfechtbarkeit einer Entscheidung durch Rechtsmittel, d.h. Unabänderbarkeit der Entscheidung als Folge der Unzulässigkeit von Rechtsmitteln ¹⁰⁾.

2) Die Frage nach dem Wesen der materiellen Rechtskraft ist heute noch nicht einhellig gelöst. Es gibt nunmehr zwei große Rechtskrafttheorien ¹¹⁾.

8) Wird noch näher ausgeführt

9) Vergl. unter § 1 C

10) Statt vieler: Rosenberg § 146 I 1

11) Vergl. Zusammenstellung bei Sauer in JR 51, 257 und

Baumbach-Lauterbach Einf. 2 zu § 322

a) Die älteste Darstellung gibt die materiell-rechtliche Theorie ¹²⁾.

Diese Auffassung wird heute allgemein abgelehnt ¹³⁾. Die materiell-rechtliche Theorie geht davon aus, daß erst die rechtskräftige Entscheidung materielles Recht schaffe. Diese Auffassung wird neuerdings von Pohle ¹⁴⁾ dahin interpretiert, daß die rechtskräftige Entscheidung eine unwiderlegbare Vermutung dafür begründe, daß die ausgesprochene Rechtsfolge dem materiellen Recht entspreche ¹⁵⁾.

b) Die prozessuale Rechtskrafttheorie verneint jeden Einfluß des rechtskräftigen Urteils auf das materielle Recht. Sie sieht das Wesen der Rechtskraft darin, daß jeder künftige Richter an die rechtskräftige Entscheidung gebunden und verpflichtet ist; dieselbe Sache im gleichen Sinne zu entscheiden. Zum Teil umschreiben die Anhänger der prozessualen Theorie das Wesen der materiellen Rechtskraft nur negativ. Hiernach ist der Ausschluß jedes weiteren Rechtsstreits über denselben Streitgegenstand - ne bis in idem - der Kern der materiellen Rechtskraft ¹⁶⁾. Demgegenüber hat Rosenberg bewiesen, daß auch eine positive Definition der materiellen Rechtskraft möglich ist; er erblickt ihr Wesen in der Maßgeblichkeit des Inhalts der Entscheidung ¹⁷⁾. Das bedeutet, daß die Parteien sich künftig nach dem Urteil richten und es für ihre gegenseitigen Beziehungen als maßgebend hinnehmen müssen. Trotz dieser Gemeinsamkeit in der Auffassung zum Wesen der materiellen Rechtskraft haben sich im Rahmen der prozessualen Theorie verschiedene Richtungen entwickelt.

aa) Die prozessuale Gestaltungstheorie meint, der Richter gestalte erst

12) zuletzt noch Pagenstecher, Rh.Z.f.Z.u.PR. 1914,489

13) vergl. Sauer, Zum Streit um die materielle Rechtskraft, Festschrift für Richard Schmidt, Bd. I S. 312; Rosenberg § 148; Stein-Jonas Anm. II zu § 322 mit weiteren Literaturnachweisen

14) Juristische Blätter 1957,113

15) vergl. unten dd)

16) Bötticher, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, S. 128

17) §§ 146 I 2, 148 II 4, 150 III;
so auch Lent ZPO § 62 II und
Schwab NJW 60, 2169 (2171)

im einzelnen Fall durch seine Entscheidung das konkrete Recht für die Betroffenen ¹⁸⁾. Diese Auffassung ist offenbar durch die alte materiell-rechtliche Theorie nicht unbeeinflusst geblieben; sie hat sich nicht völlig von der Vorstellung gelöst, daß eine Entscheidung nur dann rechtens sein könne, wenn sie dem materiellen Recht entspreche. Der Ausgangspunkt dieser Gedankengänge ist das Problem des unrichtigen Urteils, das aus Gründen der Rechtssicherheit ohne Rücksicht auf die Übereinstimmung seines Inhalts mit dem materiellen Recht maßgeblich ist.

bb) Die prozessuale Bindungstheorie schließt aus der Maßgeblichkeit der rechtskräftigen Entscheidung, daß a b w e i c h e n d e spätere Entscheidungen über denselben Streitgegenstand unzulässig seien. Daraus ergibt sich, daß über die rechtskräftig abgeschlossene Sache zwar erneut verhandelt und entschieden werden kann, jedoch darf die neue Entscheidung wegen der aus der Rechtskraft fließenden Bindungswirkung nicht von der früheren Entscheidung abweichen ¹⁹⁾.

cc) Die Theorie des Wiederholungsverbots folgert aus der Maßgeblichkeit der rechtskräftigen Entscheidung, daß die entschiedene Frage keinem weiteren Verfahren mehr unterworfen werden darf ²⁰⁾. Weil des weiteren nicht vorgetragene Tatsachen durch die Ausschlußwirkung des Urteils ausgeschlossen sind ²¹⁾, führt die Maßgeblichkeit der Entscheidung dazu, daß dieselbe Rechtsfolge zwischen den von der Rechtskraft ergriffenen Parteien in jedem Verfahren vor einem staatlichen Organ (mit Ausnahme des Strafverfahrens) ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der neuen

18) so Sauer, Festgabe für R. Schmidt, S. 308 ff.

19) so Stein-Jonas Anm. II 3 zu § 322 mit weiterer Literatur in Fußnote 22. Der BGH gebrauchte zwar das Wort "Bindung" (BGH in L.-M. § 268 ZPO Nr. 1), jedoch erscheint es sehr fraglich, ob er sich damit der Bindungstheorie anschließen wollte.

20) Rosenberg §§ 146 I 2, 148 II 4, 150 III;

Niese, S. 108 ff.;

Baumbach-Schwab Kap. 18 F I

Bötticher, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß S. 128 ff. und JZ 56,585;

KG, NJW 58,106

21) Schwab S. 158 ff.

Entscheidung zugrunde zu legen ist ²²⁾.

dd) Pohle vertritt neuerdings eine vermittelnde Auffassung ²³⁾. Danach hat die materielle Rechtskraft drei Wirkungen und zwar Wiederholungsverbot, Bindungswirkung und Vermutungswirkung, wobei sich diese drei Wirkungen oft überlagern ²⁴⁾.

3) Die Theorie des Wiederholungsverbotes setzt sich immer stärker durch ²⁵⁾ und erscheint als die einzig zutreffende. Die Theorie Pagenstechers übersieht, daß es auch außerhalb einer Entscheidung objektives Recht für den konkreten Fall gibt. Ein Klagebegehren wird nämlich nicht erst durch das entsprechende Erkenntnis rechtmäßig. Auch kann der Deutung der materiell-rechtlichen Theorie durch Pohle ²⁶⁾, eine rechtskräftige Entscheidung begründe eine unwiderlegbare Vermutung dafür, daß die ausgesprochene Rechtsfolge dem materiellen Recht entspreche, nicht gefolgt werden. Das Institut der materiellen Rechtskraft ist keine Frage der Gerechtigkeit oder Richtigkeit eines Urteils, sondern lediglich eine Folge des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit und Rechtsfrieden ²⁷⁾, wobei ganz bewußt die sachliche Unrichtigkeit einer Entscheidung in Kauf genommen wird. Die Rechtskraft ist eindeutig eine Einrichtung des Prozeßrechts und hat mit dem materiellen Recht nichts zu tun. Das ergibt sich bereits daraus, daß selbst eine rechtskräftig abgewiesene Forderung nachträglich noch befriedigt werden kann, ohne daß etwa eine Schenkung vorläge. Dem Kläger geht durch rechtskräftige Klageabweisung nicht der materielle Anspruch verloren - dieser besteht unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits - sondern der Kläger verliert den prozessualen Anspruch, d. h. das Recht, seinen materiellen Anspruch im Wege der Klage geltend zu machen. Damit ist aber die materiell-rechtliche Theorie unvereinbar.

22) Rosenberg a.a.O.

23) Jur. Blätter 57, 113 ff;

24) Jur. Blätter 57 S. 121

25) vergl. dazu auch Bötticher S. 233;

Lent § 62 II 1 ZPO;

Baumbach-Lauterbach Einf. 2 B zu § 322;

Stein-Jonas Vorbem. IV 2 b zu § 253

26) a.a.O.

27) vergl. dazu unter § 13

Die Gestaltungstheorie übersieht ebenfalls, daß ein zur Entscheidung gestellter Fall im Gesetz seine Lösung unabhängig vom Richterspruch findet. Ein Begehren ist rechtens oder nicht, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Rechtsstreites, der möglicherweise auch mit einer Fehlentscheidung enden kann. Eine falsche rechtskräftige Entscheidung schafft aber dann keineswegs Recht. Sie ist vielmehr nach wie vor unrichtig und nur aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens lediglich maßgeblich mit der Folge, daß die entschiedene Frage nicht erneut zur Entscheidung gestellt werden kann. Damit kann man festhalten, daß das Wesen der materiellen Rechtskraft in der Maßgeblichkeit der Entscheidung für die Parteien und ihre Wirkung im Wiederholungsverbot zu sehen sind.

B) Der Umfang der materiellen Rechtskraft

Der Umfang der materiellen Rechtskraft ist durch den Entscheidungsgegenstand bestimmt ²⁸⁾. Der Entscheidungsgegenstand kann aber nichts anderes sein, als der Streitgegenstand ²⁹⁾, wie sich aus § 308 ZPO ergibt. Der Streitgegenstand bestimmt sich durch den ausgelegten Antrag ³⁰⁾. Deshalb ist der Streitgegenstand im Zivilprozeß der Antrag des Klägers auf Erlass eines in ihm näher bezeichneten Urteils ³¹⁾ oder anders formuliert, Streitgegenstand ist das Begehren der im Klageantrag bezeichneten gerichtlichen Entscheidung ³²⁾. Der Streitgegenstand ist ebenso wie der Entscheidungsgegenstand ein prozessualer Begriff, der mit dem materiellen Anspruch zunächst nichts zu tun hat ³³⁾. Das wird ganz klar, wenn man beispielsweise annimmt, daß eine bereits rechtskräftig abgewiesene Klage erneut erhoben wird. Dann mag das Ersturteil sachlich falsch sein und der Kläger den materiellen Anspruch zwar besitzen, jedoch hat er nicht mehr das prozessuale Recht auf Durchsetzung seines Anspruches. Der materielle Anspruch aber

28) Schwab S. 139

29) Schwab S. 140, 144

30) Schwab S. 185, 199

31) Schwab S. 185

32) Schwab S. 199

33) Schwab a.a.O.

indiziert den prozessualen, da letzterer das prozessuale Mittel zur Durchsetzung des materiellen Anspruchs ist ³⁴⁾. Ein Zusammenhang zwischen Streitgegenstand und materiellem Anspruch besteht insofern nur indirekt, als im Prozeß entschieden wird, ob der Kläger das selbständige prozessuale Recht (Anspruch) hat, einen, oder mehrere in Anspruchskonkurrenz stehende, behauptete materielle Ansprüche durchzusetzen ³⁵⁾. Die Entscheidung ergeht deshalb nicht über den materiellen, sondern über den prozessualen Anspruch ³⁶⁾, so daß die Rechtskraft auch nur den prozessualen Anspruch umfaßt, wie bereits Schwab ³⁷⁾ nachgewiesen hat. Daran ändert nichts die Tatsache, daß die Entscheidung des Gerichts natürlich immer nur aus dem bekannten Prozeßstoff erwächst ³⁸⁾. Daran ist letztlich zu ermessen, was von der Rechtskraft erfaßt wird, d. h. was im entschiedenen Prozeß alles zum Streitgegenstand gehörte. Jedoch werden durch die Ausschlußwirkung des Urteils alle Tatsachen, die denselben prozessualen Anspruch betreffen, ausgeschlossen, so daß nichts mehr geltend gemacht werden kann, was auf eine abweichende Darstellung des Prozeßstoffes abzielt ³⁹⁾. So richtet sich der aus der Rechtskraft fließende Ausschluß nach der vom Kläger vorgenommenen Begrenzung des Streitgegenstandes, wenn das im Antrag bezeichnete Rechtsschutzziel nicht ohnehin unverwechselbar bestimmt ist ⁴⁰⁾. Die Habscheid'sche Kritik an dieser Auffassung ⁴¹⁾ vermag nicht zu überzeugen. Habscheids Fassung des Lebenssachverhalts ⁴²⁾ ist gerade auch in dem von ihm gewählten Beispiel willkürlich. Wenn ein Kläger mit einer Zahlungsklage rechtskräftig abgewiesen worden

34) Schwab a.a.O.

35) vergl. Hümmer S. 187

36) so Schwab S. 140; a. M. Lent ZZP 65,315

37) Schwab S. 152 ff.

38) Schwab S. 154

39) Schwab S. 167

40) Schwab, ZZP 65,101 (113)

41) Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Parteistreitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit S. 295

42) Habscheid a.a.O.

ist, weil der Beklagte die Ware nicht bestellt habe, so sei eine neue Klage mit der neuerlichen Behauptung, der Beklagte habe die Ware verbraucht, ausgeschlossen. Habscheid nimmt hier Identität der beiden Streitgegenstände an, weil sie dem gleichen Lebenssachverhalt entspringen. Diese phänomenologische Wesensschau Habscheids mag allenfalls für das Strafrecht (Willenstrafrecht) angebracht sein, weil dort die Vorwerfbarkeit einer Tat im Sinne des Schuldprinzips eine natürliche Betrachtungsweise, die der Vorstellungswelt des Täters entspricht, erfordert. Der Täter bestimmt durch seine Willensrichtung den Umfang der Tat, man denke nur an den Gesamtvorsatz der fortgesetzten Handlung. Im materiellen Zivilrecht spielt die Vorwerfbarkeit einer Handlung nicht die überragende Rolle und ist im Prozeßrecht nahezu zur Bedeutungslosigkeit abgesunken. Habscheids Konzeption führt im Ergebnis dazu, daß der Kläger mit einer neuen Klage ausgeschlossen wird, weil er verschuldet hat, daß die Klage nicht bereits in einem vorhergehenden Prozeß ihre Erledigung finden konnte. Die Beurteilung des Umfanges der Rechtskraft kann nicht auf eine natürliche Betrachtungsweise aufgebaut werden, die auf eine Gleichheit des Lebensvorganges abstellt. Während im Strafrecht der Umfang der Rechtskraft überwiegend durch die zur Aburteilung stehende Tat bestimmt wird, die sich durch die vom Täter gewollte Zweckrichtung (Finalität) bestimmt, kommt es im Zivilrecht auf die Handlung und Zweckrichtung nicht an, sondern nur auf den Umfang der vom Kläger aufgestellten Behauptung. Er hat es also in der Hand, welchen Lebenssachverhalt er entschieden haben will und grenzt damit nach seinem Gutdünken einen Lebenssachverhalt von anderen ab. Es gibt jedenfalls keine Vorschrift, die ihn verpflichtete, nach irgendwelchen Grundsätzen abzugrenzen, insbesondere das, das andere als zusammengehörig empfinden, nicht zu zerreißen. Damit entfällt jeder objektive Maßstab, an dem gemessen werden kann, was als einheitlicher Lebensvorgang anzusehen ist und was trennbar sein soll. Der Kläger kann Geschäftsbeziehungen, die sich über Jahre erstrecken, zum Gegenstand eines Rechtsstreites machen und den Saldo ausklagen, er kann aber auch nur einen einzigen Geschäftsvorfall herausgreifen, der nach seiner Meinung nicht richtig abgerechnet worden ist. Sollte

er im letzten Fall im Prozeß unterliegen, so muß es ihm unbenommen bleiben, nunmehr einen anderen Geschäftsvorgang herauszugreifen und zu behaupten, daß hierin der Abrechnungsfehler liege. So kann Habscheids Auffassung nicht beigetreten werden, da es sowohl an einem objektiven Maßstab fehlt, als auch an der Allgemeinverbindlichkeit dieses Maßstabes. Der Umfang der Rechtskraft muß sich vielmehr, wie Schwab völlig zutreffend meint ⁴³⁾, am Streitgegenstand orientieren, welcher durch den Klageantrag und die ihn vervollständigenden Tatsachen bestimmt wird. Es kommt also darauf an, welche Tatsachen der Kläger zur Stützung seines Antrages anzieht, deren Subsumtion unter das Gesetz einen materiellen Anspruch begründete. Der Kläger braucht nur die Tatsachen vorzutragen, die die Anwendung eines materiellen Tatbestandes rechtfertigen, wobei der Vortrag um er jedem rechtlichen Gesichtspunkt gewürdigt wird. Im Habscheid'schen Beispiel hat der Kläger im Zweitprozeß völlig andere Tatsachen vorgetragen, die auf die Anwendung eines ganz anderen materiellen Tatbestandes abzielen und somit einen anderen prozessualen Anspruch geltend gemacht. Der Umfang des Entscheidungsgegenstandes ermißt sich nicht an einem festgestellten Lebenssachverhalt, sondern nur an den zur Stützung des Antrages vorgebrachten Einzeltatsachen. Der Richter entscheidet, ob der Kläger das Recht hat, den durch Tatsachenbehauptung und Antragstellung erhobenen materiellen Anspruch mit allen zu Gebote stehenden Mitteln durchzusetzen ⁴⁴⁾. Die materielle Rechtskraft, deren Umfang durch den Streitgegenstand bestimmt wird, wirkt ausschließend, soweit eine andere Darstellung des bisherigen Prozeßstoffes und damit eine andere Entscheidung angestrebt wird. Auf weitere Ausschließungsgründe außerhalb der Rechtskraft soll hier nicht eingegangen werden ⁴⁵⁾.

43) Schwab a.a.O.

44) vergl. in diesem Zusammenhang Bötticher, Streitgegenstand und Rechtskraft im Kündigungsprozeß, in Festschrift für Herschel S. 181 (188)

45) siehe Schwab a.a.O.

C) Rechtskraft und freiwillige Gerichtsbarkeit

Die bislang besprochenen Begriffe der formellen und materiellen Rechtskraft können auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit naturgemäß keinen anderen Inhalt haben als im Zivilprozeß und im Verwaltungsgerichtsprozeß auch. Die von Lent angezogene "ne-bis-in-idem-Wirkung" in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die er statt materieller Rechtskraft annehmen will, ist, wie dargelegt, nichts anderes als die Wirkung der materiellen Rechtskraft unter dem Aspekt der prozessualen Theorie des Wiederholungsverbotes ⁴⁶⁾.

Es handelt sich hier bei der Rechtskraft um Begriffe aus dem allgemeinen Verfahrensrecht schlechthin, die als Institutionen des deutschen Rechts für alle Verfahrensarten gleichermaßen bestimmt sind ⁴⁷⁾.

1) In Literatur und Rechtsprechung wird überwiegend herausgestellt, daß die Frage nach materieller Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht generell beantwortet werden kann. Es komme vielmehr auf den Gegenstand an, der unter die Regel der freiwilligen Gerichtsbarkeit gestellt, zur Beurteilung vorliegt ⁴⁸⁾. Handelt es sich um ein sogenanntes echtes Streitverfahren im Gewand der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so wird die materielle Rechtskraft allgemein anerkannt ⁴⁹⁾.

46) Lent StB § 18 VI

47) Keidel Anm. 1,8 zu § 31

Reuter, Die materielle Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Frankfurt S. 25

48) Statt vieler Baur S. 264 ff.; Siehe S. 69

49) Baur S. 264 ff.; Keidel Anm. 8 zu § 31; Duden-Rowedder Anm. 11 zu § 8; Jansen Anm. 9 zu § 31; Saage Anm. II 1 zu § 16; Auerbach S. 37 ff.; Braun, ZJP 44, 215 ff.; Habscheid, ZJP 66, 188 und JZ 54, 435; Kamm, ZJP 44, 84 ff.; Mathieu, DNotz 53, 371 ff.; Schneider, ZJP 29, 153 ff.; Siegert, ZJP 54, 435 ff.; Vogel, JR 49, 433; Dudek-Lindemann Anm. zu § 18; BGH, NJW 52, 742; OLG Hamm mit zustimmender Anmerkung von Keidel, JZ 52, 634 ff.; KG, NJW 58, 106 ständige Rechtsprechung seit 1928, vergl. JFG 6, 420; Oberstes Fideikommissgericht, DJ 37, 1395.

Anderer Meinung: Schlegelberger Rn 8a zu § 16 mit erheblichen Bedenken; Münzel, ZJP 66, 373, vergl. jedoch, NJW 52, 723 f.

Der Begriff des echten Streitverfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit steht den eigentlichen, "klassischen" FGG-Sachen gegenüber. Letztere sind Angelegenheiten, in denen es nicht um die Entscheidung behaupteter subjektiver Rechte einer Partei gegenüber einer anderen geht, sondern um Dinge, deren Erledigung unter dem Gesichtspunkt staatlicher Fürsorge und gesteigertem öffentlichen Interesse steht.

Daß es im Gegensatz dazu ein echtes Parteistreitverfahren im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt, hat Habscheid ⁵⁰⁾ mit zutreffenden Argumenten nachgewiesen ⁵¹⁾. Daraus erhellt, daß das ganze Verfahren der Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte dient, da die Parteien es durch Antrag einleiten und durch Antragsrücknahme beenden, sich über den Gegenstand des Verfahrens vergleichen und Schiedsabreden treffen. Trotz Officialmaxime und Untersuchungsgrundsatz im FGG beherrschen die Parteien das Streitverfahren, ähnlich wie im Zivilprozeß. Es wurde nur deshalb den Regeln des FGG unterstellt, damit das Verfahren, von den Förmlichkeiten des Zivilprozesses befreit, den Parteien leichter zugänglich ist und damit das Gericht uneingeschränkt durch die Anführungen der beteiligten Personen die objektive Wahrheit erforschen und eine den Erfordernissen entsprechende Regelung treffen kann ⁵²⁾. Von gesteigertem öffentlichen Interesse an diesen Angelegenheiten kann wohl keine Rede sein, denn es ist nicht einzusehen, daß an einer Entscheidung über einen landwirtschaftlichen Kleinbetrieb der Staat stärker interessiert sein soll als an einer Entscheidung, von der die Existenz eines Großbetriebes der Industrie abhängt. Jenes ist Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit und dieses ist dem Zivilprozeß unterworfen. So kann das gesteigerte öffentliche Interesse nicht Ursache für die Aufteilung der streitigen Angelegenheiten in Zivilprozeß und freiwilliger Gerichtsbarkeit sein. Vielmehr ist es weder für die

50) Habscheid, JZ 54, 689 ff.

51) vergl. auch Bosch, AcP 149, 41; Peters, MDR 52, 137 und
Bärmann, AcP 154, 374

52) Schlegelberger, Rn 8a zu § 16

dogmatische Unterscheidung bedeutsam, noch war es dem Gesetzgeber ausschlaggebend.

Für diesen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit muß materielle Rechtskraft ebenso möglich sein, wie im Zivilprozeß auch ⁵³⁾.

2) Im Bereich der klassischen FGG-Angelegenheiten sei nach Meinung von Literatur und Rechtsprechung von Fall zu Fall zu entscheiden, ob die Verfügungen materieller Rechtskraft fähig seien. Dieser Auffassung der herrschenden Meinung kann nicht gefolgt werden. Nachdem eine Entscheidung die formelle Rechtskraft erlangt hat, wird sie automatisch auch materiell rechtskräftig, soweit nicht die materielle Rechtskraft suspendiert ist. Die Suspendierung obliegt dem Gesetzgeber. Er hat die Wirkung der materiellen Rechtskraft ausdrücklich auszuschließen und damit die Maßgeblichkeit einer Entscheidung zu beseitigen, wenn sie nicht nach Eintritt der formellen Rechtskraft automatisch auch materiell rechtskräftig werden soll. Die materielle Rechtskraft ist nur dort ausgeschlossen, wo ausdrücklich das Verbot der Wiederholung des Verfahrens aufgehoben ist. Das sind all die Fälle, wo nach Eintritt der formellen Rechtskraft eine Entscheidung noch aufgehoben oder abgeändert werden kann und somit nicht für alle Zeiten maßgeblich ist. Im Ergebnis ist Keidel ⁵⁴⁾ zuzustimmen, wenn er sagt, daß Entscheidungen, die nicht der materiellen Rechtskraft fähig sind, abgeändert werden können. Allerdings liegen die Kausalverhältnisse gerade umgekehrt: die Entscheidungen, die abgeändert werden können, werden nicht materiell rechtskräftig ⁵⁵⁾. Wenn Hümmer zutreffend meint ⁵⁶⁾, daß formell rechtskräftige Entscheidungen nicht abänderbar sind, so ist dem beizutreten. Die weitere Folgerung Hümmer ⁵⁷⁾, daß eine Änderung nicht im gleichen, jedoch in einem neu einzuleitenden Verfahren auf Grund des gleichen alten Sachverhalts möglich sei, steht im Widerspruch zur Begründung für die Unabänderbarkeit formell

53) vergl. dazu unter § 10

54) Keidel Anm. 8 zu § 31

55) so anscheinend auch noch Keidel, Kom. z. FGG 1926 Anm. 7 zu § 31: "soweit eine Entscheidung nach § 18 geändert werden kann, unterliegt sie der Rechtskraft nicht." Allerdings könnte Keidel möglicherweise hier formelle und nicht materielle Rechtskraft gemeint haben.

56) Hümmer, Seite 12 ff.

57) Hümmer a.a.O.

rechtskräftiger Entscheidungen, die Hümmer selbst gibt. Er meint ⁵⁸⁾, daß das Streben nach Rechtssicherheit höher zu bewerten sei, als das Streben nach Richtigkeit der Entscheidung.

Wenn jedoch eine Änderung der formell rechtskräftigen Verfügung statt im gleichen in einem anderen Verfahren möglich wäre, bliebe von der Rechtssicherheit nichts mehr übrig. Für den Rechtsuchenden oder Betroffenen ist der gerichtsinterne Vorgang der Weiterbearbeitung des alten formell rechtskräftig erledigten Aktes oder der Anlegung eines neuen Aktes mit neuer Geschäftsnummer vollkommen uninteressant. Das Rechtssicherheitsbedürfnis geht doch nicht auf die Unterbindung der Weiterführung alter Akten, sondern auf das Unterlassen neuer, abweichender Entscheidungen bei gleichem Sachverhalt. Die Frage der Rechtssicherheit ist deshalb nicht so sehr im Zusammenhang mit der formellen Rechtskraft, sondern vor allem als Argument für die materielle Rechtskraft zu sehen. Wenn man schon mit Hümmer ⁵⁹⁾ zutreffend zu dem Ergebnis kommt, daß rechtskräftige Entscheidungen aus Gründen der Rechtssicherheit nicht geändert werden sollen, dann muß man sich auch zur Maßgeblichkeit der Entscheidung bekennen, was materielle Rechtskraft bedeutet.

Man könnte sich natürlich auch auf den Standpunkt stellen, daß das Bedürfnis nach Rechtssicherheit hinter dem Interesse an der Richtigkeit einer Entscheidung zurückzutreten hat, wie das auch weitgehend geschieht ⁶⁰⁾. Dann muß man aber auch folgerichtig die formell rechtskräftige Entscheidung frei abändern lassen, was allerdings zu unerfreulichen Ergebnissen führte. Das Amtsgericht könnte dann jede aufhebende Entscheidung des Landgerichts oder Oberlandesgerichts wieder abändern und den alten Entscheidungszustand wieder herstellen. Es steht zu befürchten, daß dann das Ende der Rechtssicherheit nicht mehr fern läge.

Die Kernfrage nach der materiellen Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit richtet sich deshalb nach der Abänderbarkeit der Entschei-

58) Hümmer a.a.O.

59) Hümmer a.a.O.

60) vergl. Hümmer S. 32 f. und S. 153 f.

dungen und bestimmt sich daher nach § 18 FGG ⁶¹⁾ und anderen Abänderungsvorschriften. Die gleiche Lage ergibt sich übrigens auch für den Zivilprozeß. Hier ist z. B. das Vorbehaltsurteil, trotz formeller Rechtskraft, keiner materiellen Rechtskraft fähig ⁶²⁾, weil §§ 302 IV und 600 II ZPO die nachträgliche Änderung gestatten.

Es ist zwar richtig, daß es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit mehrere Materien gibt, die keine materielle Rechtskraft dulden. Ihr Ausschluß folgt aber nicht aus dem nicht näher definierbaren Wesen dieser Materien, sondern aus der Existenz von Vorschriften, die eine nachträgliche Änderung zulassen und damit die materielle Rechtskraft suspendieren.

So gestatten im Registerwesen die §§ 22, 82 GBO, §§ 142, 144, 159 und 161 FGG die nachträgliche Änderung unrichtiger Eintragungen.

Die den Erbschein erteilende Verfügung ist ebenfalls keiner materiellen Rechtskraft fähig, da § 2361 BGB ausdrücklich seine Einziehung erlaubt. Wenn Hümmer meint ⁶³⁾, daß die Ablehnung der Fürsorgeerziehung nicht materiell rechtskräftig werden kann, weil bei einer Fehlentscheidung das Kind verwahrlosen würde, ohne daß eine Eingriffsmöglichkeit bestünde, so übersieht er, daß auch ohne Rücksicht auf die Frage der materiellen Rechtskraft § 18 II FGG in Verbindung mit § 65 VI JWG eine Abänderung der Entscheidung bei gleichbleibendem Sachverhalt verbietet. Der von Hümmer angeführte rechtspolitische Gesichtspunkt gibt deshalb allenfalls ein Argument gegen die Regelung des § 65 VI JWG und die damit verbundene Auswirkung auf § 18 II FGG ab; zur Frage der materiellen Rechtskraft vermag er nichts auszu-

61) So auch Josef, Lehrbuch 1. Aufl. S. 252 (259), 2. Aufl. S. 65 ferner in ZZP 31,71 (75 und 88);

Anscheinend auch v. Schneider Anm. 7 zu § 18, jedoch nicht ganz klar; Andeutungsweise auch Jastrow-Günther Anm. 5 zu § 18 und 3 zu § 31; Zum gleichen Ergebnis kommt Lent STB § 18 VI, denn die von ihm angezogene "ne-bis-in-idem-Wirkung" ist die Wirkung der materiellen Rechtskraft;

Neuerdings anscheinend auch Bay. OLG, NJW 60,2236

62) Baumbach-Lauterbach Anm. 3 A zu § 302

63) Hümmer S. 143

sagen. Im übrigen sind vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen nach § 1696 BGB von der materiellen Rechtskraft ausgeschlossen.

Zuzustimmen ist Hümmer jedoch darin, daß Beurkundungen keiner materiellen Rechtskraft fähig sind ⁶⁴⁾. Hierbei handelt es sich aber nicht um Entscheidungen, sondern um tatsächliche Vorgänge.

Es kann zusammengefaßt werden, daß es eine generelle Regel für die Beantwortung der Frage nach der materiellen Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt und daß sich diese Regel aus § 18 FGG u. a. Abänderungsvorschriften ⁶⁵⁾ ergibt.

Der Umfang der Rechtskraft richtet sich nicht nur im Streitverfahren, sondern auch im übrigen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach dem Entscheidungsgegenstand. Soweit es sich um ein Antragsverfahren handelt, wird auch hier der Entscheidungsgegenstand durch den ausgelegten Antrag des Antragstellers bestimmt ⁶⁶⁾. Liegt dagegen ein von Amts wegen durchzuführendes Verfahren vor, so bestimmt sich der Entscheidungsgegenstand durch den ausgelegten Tenor der Entscheidung. Hier bestimmt der Richter den Umfang des Verfahrens selbst, weil er insoweit gleichzeitig "Antragsteller" ist.

D) Bindungswirkung

Die Bindungswirkung ist nach dem heutigen Stand der Lehre und Rechtsprechung ein vielschichtiges Problem. Es muß zunächst die Frage der Eigenbindung des erkennenden Gerichts ausgesondert werden. Sie beruht auf besonderen Vorschriften, so auf § 318 ZPO für den Zivilprozeß ⁶⁷⁾ oder auf § 18 Abs. 2 FGG für die freiwillige Gerichtsbarkeit ⁶⁸⁾ und hat ebenso wie die Unwiderruflichkeit eines begünstigenden Verwaltungsaktes nichts mit der materiellen Rechtskraft zu tun. Die Eigenbindung tritt dort, wo sie durch das Gesetz angeordnet ist, mit dem Erlaß der

64) Hümmer S. 152

65) vergl. Keidel Anm. 9 zu § 18

66) vergl. Hümmer S. 191

67) Stein-Jonas Anm. 1 zu § 318; Baumbach-Lauterbach Anm. 1 zu § 318

68) Keidel Anm. 5,6 zu § 18, ohne daß Keidel das Wort Eigenbindung ausspricht, scheint er doch das Gleiche zu meinen.

Entscheidung ein, bevor diese formell und materiell rechtskräftig wird. Auch die Unabänderbarkeit einer Entscheidung als Folge der Unzulässigkeit von Rechtsmitteln, die formelle Rechtskraft, hat nichts mit der Bindungswirkung gemein. Schließlich ist von der Bindungswirkung auch die "Bindung" zu scheiden, die sich aus dem materiellen Recht ergibt. Natürlich ist der Richter ebenso wie die Parteien an Recht und Gesetz gebunden und hat die Normen des materiellen Rechts seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Dabei muß er auch die von den Parteien vorgenommene Gestaltung des materiellen Rechts, zum Beispiel eine wirksame Kündigung oder einen abgeschlossenen Vergleich berücksichtigen. Dies ist jedoch kein prozessuales Problem, sondern eine Frage der richtigen Rechtsanwendung, deren Verletzung zu einer Fehlentscheidung führte. Das materiell unrichtige Erkenntnis steht in seiner Wirksamkeit und in seinen prozessualen Folgen der fehlerfreien Entscheidung jedoch nicht nach.

Die Bindungswirkung - oder wie Schwab ⁶⁹⁾ sie auch genannt hat - die Drittwirkung betrifft den Einfluß einer Entscheidung auf das bei einem Gericht einer anderen Gerichtsbarkeit anhängige Verfahren.

Unbestritten dürfte es sein, daß rechtsgestaltende Entscheidungen, insbesondere die im Statusverfahren ergangenen Urteile stets zu beachten sind. Bötticher ⁷⁰⁾ sieht den Grund darin, daß solche Entscheidungen unmittelbar auf die materielle Rechtslage einwirken; ihre Wirkung ergäbe sich dann aus der Existenz eines gültigen (nicht-nichtigen) Staatsaktes ⁷¹⁾.

Nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung besteht eine Bindung der Zivilgerichte an die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte ⁷²⁾. Nach der bisher herrschenden Meinung werden Zivilprozesse von den Entscheidungen der Strafgerichte nicht berührt; dies soll auch im umgekehrten Fall gelten ⁷³⁾. Demgegenüber hat Schwab ⁷⁴⁾ nachgewiesen, daß die Strafge-

69) NJW 60, 2169

70) Bötticher, Festschrift für den Deutschen Juristentag, Bd. I S. 514, 521

71) Josef, ZJP 31, 71 (84)

72) vergl. BGHZ 9, 329, 10, 220, L.-M. § 839 BGB Nr. 10; BVerwG, NJW 56, 36 und 1358

73) vergl. Bruns, Festschrift für Lent, S. 107 ff.; BGHSt 5, 106, BGH, NJW 53, 392

74) NJW 60, 2169

richte es durch ihre Entscheidungen den Betroffenen nicht unmöglich machen dürfen, dem rechtskräftigen Zivilurteil nachzuleben und es in ihren gegenseitigen Rechtsbeziehungen als maßgeblich hinzunehmen und entsprechend zu beachten.

In der freiwilligen Gerichtsbarkeit binden Entscheidungen, die rechtsgestaltender Natur sind, alle Gerichte und Behörden ⁷⁵⁾. Ein Nachprüfungsrecht besteht nur bei Nichtigkeit der Verfügung. Bindend ist nur die konstitutive Entscheidung, also der Tenor ⁷⁶⁾. Die Gründe werden hierin nicht einbezogen. Die Ablehnung eines Antrages soll nach Baur nicht binden ⁷⁷⁾, weil dadurch keine "Tatbestandswirkung" erzeugt werde. Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist selbstverständlich an rechtsgestaltende Zivilurteile gebunden ⁷⁸⁾. Im übrigen nach Baur nur, wenn es im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist ⁷⁹⁾. Das Maß der Bindungen ist noch sehr umstritten. Der Grund hierfür liegt darin, daß es noch ungeklärt ist, worauf sie beruhen. Nach der wohl herrschenden Meinung dürften sie eine Folge der materiellen Rechtskraft sein. Demgegenüber scheint allerdings Bötticher ^{79a)} zu meinen, daß die "Fernwirkung" einer Entscheidung ein Rechtsinstitut eigener Art ist. Diese Frage kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert werden, weil sie für die Wiederaufnahme des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne Belang ist.

75) Baur § 2 B VI 3a;

Rosenberg § 13 III 1c;

Lent § 20;

Schlegelberger Rn 10 ff zu § 16;

Keidel Anm. 2b zu § 1;

RGZ 81,212; KGJ 27/A 175; OLG Düsseldorf, MDR 51,489

76) Baur a.a.O.

77) Baur a.a.O.

78) Baur § 2 B VI 3b

79) Baur a.a.O. mit Beispielen

79a) Bötticher a.a.O.

§ 2

Abänderbarkeit von Entscheidungen der
freiwilligen Gerichtsbarkeit

1) Im FGG ist durch § 18 Abs. I der Grundsatz der Abänderbarkeit von Entscheidungen festgelegt. Dieser Grundsatz ist jedoch durch so viele Ausnahmen, nämlich auf vielen praktisch wichtigen Gebieten, durchbrochen, daß man kaum noch vom Grundsatz der Abänderbarkeit sprechen kann, sondern die Abänderbarkeit ist in der Tat die Ausnahme von der nunmehrigen Regel der Unabänderbarkeit geworden. Es ist ein stetiges Anwachsen der Materien, die unter die Regel des FGG gestellt sind, zu beachten. Die gesetzgeberische Tendenz geht dahin, fortlaufend streitige Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu unterstellen. Daraus bedingt sich eine Annäherung des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zumindest für diese Materien, an die ZPO ⁸⁰⁾.

2) Wenn § 18 Abs. I S. 2 FGG die Abänderungsmöglichkeit nur noch bei vorliegendem Abänderungsantrag zuläßt, so schließt § 18 Abs. II FGG die Abänderung völlig aus. Die gleiche Wirkung haben die §§ 29 Abs. 3, 44a Abs. 2, 44b Abs. 2, 55 und 56a Abs. 1 FGG, Schließlich ist auch dann keine Abänderung mehr möglich, wenn die Entscheidung formell rechtskräftig geworden ist ⁸¹⁾. Der Amtsrichter soll hinterher nicht klüger sein als das Oberlandesgericht, wie es Baur ⁸²⁾ formuliert ⁸³⁾. Daraus ergibt sich, daß alle formell rechtskräftigen Entscheidungen auch in materielle Rechtskraft erwachsen ⁸⁴⁾, weil die Abänderung ausgeschlossen ist und das Gericht an

80) vergl. Bärmann, AcP 154, 385 ff.

81) Keidel Anm. 6 b zu § 18;

Baur § 24 B II 3;

Schlegelberger § 18 Rn 5;

a.M.: OLG Karlsruhe, Rpfl. 54, 316: "Eine Abänderung formell rechtskräftiger Entscheidungen ist möglich, wenn diese nicht in materielle Rechtskraft erwachsen", wie das OLG ausführt.

82) Baur a.a.O.

83) Das Interesse an der Richtigkeit einer Entscheidung darf nicht gegen die Rechtssicherheit ausgespielt werden; vergl. Habscheid, JZ 54, 690

84) Zum gleichen Ergebnis kommt Schneider, ZZP 29, 156, allerdings mit unhaltbarer Begründung, vergl. auch Josef, ZZP 31, 71.

seine eigene Entscheidung gebunden ist; es entfällt die Suspendierung des Grundsatzes "ne-bis-in-idem", und es vermag nicht eingesehen zu werden, wieso er dann nicht eingreifen sollte. Es wäre sinnlos, ein Verfahren in der gleichen Angelegenheit für zulässig zu erachten, wenn in eben diesem Verfahren mit zwingender Notwendigkeit nichts anderes herauskommen kann, da die formell rechtskräftige Entscheidung sowohl maßgeblich als auch unabänderlich ist ⁸⁵⁾.

3) Ein erheblicher Teil der Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit erwächst also in materielle Rechtskraft, ein weiterer Teil ist nicht abänderbar, ohne bereits rechtskräftig zu sein. Allein daraus folgt schon der Gedanke, daß auch im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Wiederaufnahmemöglichkeit geschaffen sein muß, denn die Entscheidungen, die ohne rechtskräftig zu sein, nicht abänderbar sind (vor allem die Fälle des § 18 Abs. II FGG), können unter Umständen auch im Rechtsmittelweg nicht korrigiert werden, sei es, daß die Beschwerdeberechtigten von ihrem Rechtsmittel keinen Gebrauch machen, oder daß nur noch die weitere (Rechts-) Beschwerde zulässig ist, wo neue Tatsachen nicht mehr vorgetragen werden können. So kann sich erst in der Instanz der weiteren Beschwerde, beim OLG, zeigen, daß in Wahrheit ein Wiederaufnahmegrund im Sinne der ZPO vorliegt. Nach § 27 FGG dürfen jetzt keine neuen Tatsachen mehr berücksichtigt werden ⁸⁶⁾. Nach der Entscheidung über die weitere Beschwerde tritt formelle und materielle Rechtskraft ein, und eine Änderung nach § 18 FGG ist endgültig ausgeschlossen. Selbst wenn man nicht den strengen Standpunkt des absoluten Ausschlusses neuer Tatsachen in der "Revisionsinstanz" einnehmen will ⁸⁷⁾, der neuen Rechtsprechung, insbesondere des BGH auf dem Gebiet des Zivilprozesses folgt ⁸⁸⁾ und für den gesamten Bereich der freiwilligen Ge-

85) vergl. dazu Ed. Böttcher, JZ 56,585

86) So Bay. Ob LGZ 1951 Nr. 101

87) So Baur § 31 C 2 a dd, der das Vorbringen neuer Tatsachen insoweit für zulässig hält, wie Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig ist; nach seiner Ansicht nur in "echten Streitverfahren"; ebenso Schlegelberger Rn 19 zu § 27;
vergl. Keidel Anm. 5a zu § 27

88) BGHZ 3,65;
5,248

richtsbarkeit ausdehnen will, bleibt noch immer eine Lücke, denn der BGH erklärt nur die strafbaren Fälle der Wiederaufnahmegründe in der Revisionsinstanz für beachtlich und Gründe des § 580 Nr. 7b ZPO dürften nur ausnahmsweise unter besonderen Umständen beachtet werden ⁸⁹⁾. Die einzige Lösungsmöglichkeit, außer einer generellen Wiederaufnahme des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ist, für diesen Fall der Auffassung des Reichsgerichts zu folgen, die alle Wiederaufnahmegründe der ZPO als in der Revision beachtliche neue Tatsachen zuläßt ⁹⁰⁾. Nach den zitierten BGH-Entscheidungen zu urteilen, lehnt der Bundesgerichtshof diese weitgehende Auffassung des Reichsgerichts ab, obgleich er es nicht expressis verbis ausspricht. Allerdings darf nicht übersehen werden, daß im Zivilprozeß unrichtige Ergebnisse eben immer noch durch ein nachfolgendes Wiederaufnahmeverfahren korrigiert werden können und die Beachtung oder Nichtbeachtung wiederaufnahme-begründender neuer Tatsachen in der Revisionsinstanz schließlich doch "nur" eine Frage der Prozeßökonomie ⁹¹⁾, oder wie der BGH neuerdings in den Vordergrund stellt ⁹²⁾, eine Frage des Ansehens und des Prestiges der Rechtspflege ist.

Da sich das Korrektiv der Wiederaufnahme des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit noch nicht allgemein durchgesetzt hat, könnte man hier möglicherweise anders urteilen als der BGH für den Zivilprozeß und dem Reichsgericht zustimmen, man könnte außerdem daran denken, die Entscheidung wegen veränderter Umstände abzuändern, was an und für sich jeder Zeit möglich ist ⁹³⁾. Dem steht jedoch entgegen, daß eine Änderung wegen veränderter Umstände nur erfolgen darf, wenn die Verfügung für eine gewisse Dauerwirkung bestimmt ist ⁹⁴⁾. Selbst wenn man Lent nicht folgt und die Entscheidung dennoch für abänderbar erachtet, wird keine Rückwirkung erzielt, denn eine

89) BGHZ 3,65;
5,248

90) RG, DR 44,498

91) RG a.a.O.

92) BGH a.a.O.

93) Baur § 24 B II 3, § 24 C 1;
Lent StB § 17 III;

94) Lent a.a.O.

Änderung wegen veränderter Umstände kann naturgemäß nur ex nunc wirken 95). Schließlich erscheint überhaupt sehr fraglich, ob man in einem solchen Fall von veränderten Umständen sprechen kann. Nicht die Umstände haben sich verändert, sondern die Kenntnis des Gerichts von den bereits vorhandenen Umständen hat sich geändert. Auf diese Frage ist später noch näher einzugehen 96).

4) Völlig unlösbar ohne Wiederaufnahme des Verfahrens ist schließlich der Fall, daß ein Wiederaufnahmegrund erst in der dritten Instanz auftritt, z.B. Entscheidung durch unzuständigen Ferienzivilsenat (§ 579 Nr. I ZPO) 97), so daß keine Möglichkeit vorliegt, diesen Mangel des Entzugs des gesetzlichen Richters in einer weiteren Instanz zu rügen.

95) Lent a.a.O.

a.A.: Fuchs, Das Rechtsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Leipzig 1900 S. 70. Fuchs meint, es käme auf die Absicht des Gerichts an; der Richter könne einer Abänderung Rückwirkung beilegen.

96) vergl. unten § 3 B

97) BGH, NJW 52,880;

Schlegelberger Bd. II Schlussanhang D S. 1109 (6. Aufl.)

vergl. aber Bauknecht in NJW 52,1164;

BGH, JZ 53,244

Zusammenfassung

Es kann zusammengefaßt werden, daß in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein starkes Bedürfnis nach Wiederaufnahme des Verfahrens besteht, denn nur in einem geringen Teil aller Fälle, in denen ein Wiederaufnahmegrund im Sinne der ZPO vorliegt, kann durch Abänderung der Verfügung abgeholfen werden. In den weitaus meisten Fällen versagt diese Möglichkeit, weil die Entscheidungen materiell rechtskräftig werden, oder weil aus anderen Gründen eine Abänderung unmöglich gemacht ist.

II

A n d e r e A b h i l f s m ö g l i c h k e i t e n a u ß e r W i e d e r a u f n a h m e d e s V e r - f a h r e n s

§ 3

Extensive Auslegung von Abänderungsvorschriften

A) Formell rechtskräftige Verfügungen

Die herrschende Meinung geht zu recht davon aus, daß formell rechtskräftige Entscheidungen nicht mehr abgeändert werden können ⁹⁸⁾. Das gebräuchliche Argument geht dahin, daß eine Verfügung, die schon vor Eintritt der formellen Rechtskraft nicht abgeändert werden darf (§ 18 Abs. 2 FGG) hinterher erst recht nicht geändert werden kann ⁹⁹⁾. Dieses Argument trifft jedoch nur solche Verfügungen, die mit sofortiger Beschwerde angreifbar waren und sagt nichts über Verfügungen, die mit einfacher Beschwerde angreifbar sind. Hier kann man nicht mit Lent ¹⁰⁰⁾ a majore ad minus schließen. Im Ergebnis ist der herrschenden Meinung jedoch zuzustimmen, denn das Amtsgericht kann selbstverständlich nur seine eigenen Entscheidungen abändern und nicht auch die der Rechtsmittelgerichte. Sowie das Instanzgericht sachlich entschieden hat und nicht etwa nur die Beschwerde als unzulässig abgewiesen hat ¹⁰¹⁾, liegt eine eigene Entscheidung des Rechtsmittelgerichts vor, die

98) Baur §§ 23 C II 1 b, 24 B II 3;

Keidel Anm. 6 b zu § 18;

Lent StB § 17 V 3;

Schlegelberger Rn 5 zu § 18;

Schultze-Görlitz, Kom. z. FGG Berlin 1900 Anm. 2a zu § 18;

a.M.: Gäbelein, JZ 55,261

99) Lent a.a.O.;

v. Schneider, Kom. FGG 3, Aufl. München 1908 Anm. 7 zu § 18;

Carlebach, Kom. zu FGG Stuttgart 1913 Anm. 1 zu § 18

100) Lent a.a.O.

101) weil ^{dem} Beschwerdeführer etwa die Aktivlegitimation fehlt, dann tritt aber keine formelle Rechtskraft ein;

der Verfügungsmacht des Amtsrichters entzogen ist. Jeder anderen Auffassung kann nicht gefolgt werden, denn sie machte die Rechtsmittelgerichte illusorisch. Wozu brauchte man sonst Rechtsmittel, wenn das Eingangsgericht am Ende doch tut, was es will? Auch könnte die erneute Änderung den Rechtsfrieden erheblich beeinträchtigen, da danach den unterlegenen Beteiligten erneute Beschwerdemöglichkeit zustehen muß¹⁰²⁾. Es gibt nur zwei Fälle, bei denen man Bedenken haben könnte. Es sind die Fälle, in denen formelle Rechtskraft eintritt, ohne daß Instanzgerichte entscheiden konnten. Das liegt vor, wenn die Beteiligten Rechtsmittelverzicht erklären und dadurch formelle Rechtskraft schaffen und des weiteren noch im Falle der §§ 30, 33 Abs. I Verschollenheitsgesetz¹⁰³⁾. Zu den Vorschriften des Verschollenheitsgesetzes ist zu sagen, daß nach Lage der Dinge aus Gründen der Rechtssicherheit ebenfalls Unabänderbarkeit angenommen werden muß¹⁰⁴⁾. Der Verschollene muß doch, nachdem er formell wieder in seine Rechte eingesetzt worden ist, dagegen geschützt werden, daß er plötzlich wieder für tot erklärt wird, indem die Aufhebungsverfügung aufgehoben wird, ganz abgesehen davon erscheint noch sehr fraglich, ob dadurch die alte Todeserklärung wieder auflebte¹⁰⁵⁾. Verneint man das, wäre ein Widerruf der Aufhebungsverfügung sowieso gegenstandslos. Im weiteren Fall, dem des Rechtsmittelverzichts, muß man ebenfalls die Abänderungsmöglichkeit ablehnen¹⁰⁶⁾, denn

102) vergl. auch Dorner S. 132

103) Die Fälle der §§ 5 Abs. II, 46 Abs. II, 47 Abs. II FGG können aus der Betrachtung herausgelassen werden; es tritt dort auch zwar sofort formelle Rechtskraft ein, weil kein Rechtsmittel zulässig ist, es handelt sich hier jedoch nicht um Sachentscheidungen, sondern um rein verfahrensrechtliche Entscheidungen, die nicht als Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit im technischen Sinn zu betrachten sind. Es sind keine Entscheidungen der Rechtsprechung, wie es Baumbach-Lauterbach Kom. z. ZPO 23. Aufl. Anm. 1 B zu § 37 nennt.

Zum gleichen Ergebnis kommt Bay. OblGZ 19,154

104) Zum gleichen Ergebnis kommt das OLG Neustadt, MDR 56,238, das Wiederaufnahme des Verfahrens zuläßt und somit die materielle Rechtskraft anerkannt haben muß.

105) vergl. hierzu Keidel Anm. 8 zu § 18

106) a.M.: Gäbelein, JZ 55,261

man käme sonst zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß die Beteiligten, wenn sie ein endgültiges, unabänderbares Ergebnis und damit Rechtssicherheit wollen, gezwungen werden, das Rechtsmittel der einfachen Beschwerde einzulegen. Wenn des weiteren Baur ¹⁰⁷⁾ meint, es gäbe formell rechtskräftige Verfügungen, die abänderbar sind, z. B. ein Fürsorgeerziehungsbeschluß, wenn sich herausstellt, daß ein Zeuge gelogen hat, so ist Baur im praktischen Ergebnis, daß nämlich der Jugendliche nicht weiterhin seiner Freiheit beraubt werden kann und darf, zuzustimmen. Die materielle Rechtskraft tritt jedoch auch in diesem Falle ein ¹⁰⁸⁾, denn eine Änderung nach § 18 FGG ist ausgeschlossen. Es besteht auch gar keine Veranlassung, hier eine Ausnahme vom Grundsatz der Unabänderbarkeit formell rechtskräftiger Verfügungen zu machen. Man könnte daran denken, daß im vorliegenden Fall Wiederaufnahme des Verfahrens dem Jugendlichen zur Freiheit verhilft. Man braucht jedoch den Fall nur etwas zu verändern und anzunehmen, daß der Zeuge nicht gelogen hat, sondern sich lediglich geirrt hat. Dann versagt auch die Wiederaufnahme des Verfahrens. Die Lösung des Problems ergibt sich aus § 72 Abs. II JWG. Dort ist festgelegt, daß die Fürsorgeerziehung jederzeit aufgehoben werden kann, wenn ihr Zweck erreicht oder anderweitig sichergestellt ist. Diese Vorschrift suspendiert den Grundsatz ne bis in idem und erlaubt, das gleiche Verfahren jederzeit neu aufzurollen. § 72 Abs. II JWG ist eine eigene Abänderungsform in Parallele zu § 18 FGG. Es handelt sich bei jener Vorschrift des JWG also auch nicht um eine Abänderung wegen veränderter Umstände, denn das Gesetz stellt darauf ab, ob der Erziehungszweck anderweitig sichergestellt ist. Das kann von Anfang an gegeben gewesen sein.

Somit kann festgehalten werden, daß formell rechtskräftige Verfügungen nicht mehr nach § 18 FGG abgeändert werden können. Die Möglichkeit, einen Fürsorgeerziehungsbeschluß nach § 72 Abs. II JWG abzuändern, ist eine gesetzliche Ausnahmeregelung, die etwa mit § 323 ZPO vergleichbar erscheint.

107) Baur § 25 III 2 b bb;

ebenso KG, JFG 23,360; 20,55;

Keidel Anm. 8 c zu § 31

108) so auch Bettermann in Festschrift für Friedr. Lent 1957 S. 30

Allerdings bringt diese Abänderung des Fürsorgeerziehungsbeschlusses gleich dem Abänderungs-Urteil nach § 323 ZPO keine Rückwirkung. Dazu bedarf es der Wiederaufnahme des Verfahrens ¹⁰⁹⁾. Auch daraus kann ersehen werden, wie nötig eine Wiederaufnahmemöglichkeit auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit ist.

Formell rechtskräftige Verfügungen werden also grundsätzlich auch materiell rechtskräftig und sind nicht nach § 18 FGG abänderbar. Eine extensive Auslegung dieser Vorschrift ist insoweit nicht möglich und, wie dargestellt, auch gar nicht nötig.

B) Nachträgliches Bekanntwerden von Tatsachen

Es muß unterschieden werden, zwischen dem Auftreten neuer Tatsachen und dem nachträglichen Bekanntwerden "alter" Tatsachen.

1) Bei der ersten Alternative liegt keine Abänderungssituation des § 18 FGG vor, sondern ein völlig neuer Fall. Es gibt hier zwei Gruppen. Die erste Gruppe enthält all die Fälle, in denen das Gesetz die überholte Verfügung als obsolet betrachtet, z. B. § 1882 BGB. Eine aufhebende Verfügung ist nicht mehr nötig und hat keine Gestaltungs-Wirkung; sie ist allenfalls noch deklaratorischer Natur ¹¹⁰⁾.

Die zweite Gruppe umfaßt die Fälle, in denen sich die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend geändert haben. Die formelle und materielle Rechtskraft steht hier einer Aufhebung der Verfügung nicht entgegen, denn in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergeht jede Entscheidung, die auf die Zukunft gerichteten fürsorgenden Gestaltungscharakter hat, unter dem Vorbehalt gleichbleibender Verhältnisse ¹¹¹⁾. Eine Änderung der Verhältnisse erlaubt nach absolut herrschender Meinung ¹¹²⁾ eine neue Entscheidung, denn es handelt sich um einen neuen Fall ¹¹³⁾, der einer erneuten Beurteilung bedarf ¹¹⁴⁾.

109) vergl. unten § 3 C

110) BGH, NJW 54,154

111) Baur § 24 c I 2;

Carlebach Anm. 1 zu § 18

112) Keidel Anm. 8 c zu § 31;

Josef, ZZP 31,71 (88)

113) clausula rebus sic stantibus, vergl. Josef, Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit Berlin 1902 S. 148

114) Für den Fürsorgeerziehungsbeschuß ordnet es § 72 JWG ausdrücklich an.

Diese Auffassung entspricht genau dem, was für den Bereich des Zivilprozesses § 323 ZPO anordnet. Auch dort ist die Möglichkeit gegeben, ein formell- und materiell-rechtskräftiges Erkenntnis, das in die Zukunft zu wirken bestimmt ist, abgeändert werden kann, wenn neue Tatsachen auftreten, die eine andere Beurteilung rechtfertigen. Den gleichen rechtsdogmatischen Inhalt hat § 767 ZPO. Bei veränderten Umständen kommt also keine Änderung der Verfügung nach § 18 FGG in Betracht, sondern es handelt sich um einen andersartigen Typus der Abänderungsmöglichkeit, der den besprochenen §§ 323, 767 ZPO entspricht ¹¹⁵⁾. Die Abänderung wegen veränderter Umstände kommt in Frage, soweit es sich um rechtsgestaltende Verfügungen oder um die Feststellung einer zukünftigen Leistung handelt, nicht aber für rein feststellende Entscheidungen, wie z. B. im Rückerstattungsgesetz ¹¹⁶⁾. Im übrigen sind die Grenzen der Rechtskraft genau wie im Zivilprozeß durch den "Streitgegenstand" ¹¹⁷⁾ bestimmt. Was nicht Gegenstand der Entscheidung war, kann ohne Rücksicht auf die Rechtskraft der Entscheidung anderweitig geregelt werden.

2) Bei der zweiten Alternative wird das nachträgliche Bekanntwerden von alten Tatsachen betroffen. Nach herrschender Meinung ¹¹⁸⁾ fallen neu bekannt gewordene Tatsachen in den Rahmen der Abänderungsvorschriften des § 18 FGG. Es ist also gleichgültig, ob aus Rechtsgründen oder aus tatsächlichen Erwägungen abgeändert werden soll. Daraus ergibt sich aber auch, daß für die Abänderung wegen neu bekannt gewordener Tatsachen die gleichen Abänderungsverbote des § 18 FGG gelten ¹¹⁹⁾. Baur ¹²⁰⁾ übersieht zwar nicht, daß keine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse eingetreten

115) deshalb findet auch § 18 Abs. 2 keine Anwendung, wohl aber der Rechtsgedanke aus § 18 Abs. I Satz 2, so auch Baur a.a.O.

116) vergl. Burkhardt, NJW/RzW 52,185 f.

117) für den klassischen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit wohl besser "Entscheidungsgegenstand".

118) Keidel Anm. 1,6 b zu § 18;

Baur § 24 B I 1

v. Schneider Anm. 2 zu § 18

119) a. M.: Josef Kom. z. FGG S. 65 (Zusatz nach § 18, der dann eine Abänderung wegen veränderter Umstände zulassen will und deshalb der Wiederaufnahme des Verfahrens nicht bedarf).

Nicht ganz eindeutig, Dorner, Kom. z. FGG S. 132

120) Baur § 32 II c

ist, wenn ein Wiederaufnahmegrund aufgedeckt wird, jedoch will er die Aufdeckung eines Wiederaufnahmegrundes der nachträglichen Änderung der Verhältnisse gleichstellen, weil es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Wiederaufnahme des Verfahrens gäbe. Dieser Vorschlag Baur's ist aber nur ein Spiel mit Worten. Wenn es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Wiederaufnahme des Verfahrens gibt, kann es wohl auch keine Wiederaufnahmegründe geben. Zwar schweigt sich Baur darüber aus, woran er erlauben will, wann ein solcher Grund vorliegt, der die Behandlung alter, nachträglich bekannt gewordener Tatsachen wie eine Veränderung der Verhältnisse rechtfertigt, es steht jedoch zu vermuten, daß er sich an den Wiederaufnahmegründen der ZPO orientieren will. Wenn man aber schon die Wiederaufnahmegründe der ZPO in die freiwillige Gerichtsbarkeit überträgt, hat man bereits die Wiederaufnahme des Verfahrens zugelassen. Es ist dann nur noch eine Frage der Bezeichnung, ob man dieses Verfahren auch folgerichtig "Wiederaufnahme des Verfahrens" nennt oder als einen Sonderfall bezeichnet, der entsprechend der nachträglichen Veränderung der Verhältnisse behandelt werden muß. Der sachliche Inhalt wird dadurch nicht berührt.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang, ob man den Fall, daß sich erst in der Instanz der weiteren Beschwerde neue Tatsachen einstellen, auch hier einordnen muß. Keidel¹²¹⁾ lehnt das ab und hält eine neue Entscheidung wegen veränderter Umstände für möglich. Er erkennt dabei nicht, daß die Erstentscheidung rechtskräftig werden wird, so daß eine Änderung dieser ersten Entscheidung nach § 18 FGG an und für sich ausgeschlossen ist. Da aber § 27 FGG Tatsachenneufeststellung in der Instanz der weiteren Beschwerde verbietet, kann das Verfahren, was die Neuheit von Tatsachen anbelangt, als mit der Entscheidung des Landgerichts beendet angesehen werden, so daß veränderte Umstände, die erst eintreten, wenn das Verfahren beim Oberlandesgericht anhängig ist, für dieses Verfahren als neue Tatsachen angesehen werden müssen. Deshalb ist Keidel zuzustimmen. Es ist jedoch rechtlich anders zu würdigen, wenn sich in der OLG-Instanz gravierende Verfahrensmängel einstellen¹²²⁾, dann ist das keine neu eingetretene Tatsa-

121) Keidel Anm. 6 b zu § 18

122) BGH, NJW 52,880

che, denn der zur Entscheidung stehende Fall hat sich nicht geändert. Schließlich bleibt noch der Fall zu würdigen, daß sich in der Instanz der weiteren Beschwerde bereits früher vorliegende Tatsachen herausstellen; dann ist eine Abänderung der Entscheidung nach § 18 FGG durch Amts- oder Landgericht nicht mehr möglich, denn sowie das Verfahren beim Oberlandesgericht anhängig ist, können die Untergerichte nicht mehr ändern (§ 29 Abs. III FGG), das Oberlandesgericht darf keine Tatsachen neu feststellen (§ 27 FGG), somit liegt der Fall nicht anders, als ob sich die in Frage stehende Tatsache erst nach Entscheidung des Oberlandesgerichts herausgestellt hätte ¹²³⁾. Eine Änderung ist dann ausgeschlossen.

C) Rückwirkung von Änderungen

Eine Teilregelung ergibt sich aus dem Gesetz selbst. § 32 FGG legt den Ausschluß der Rückwirkung fest, um Dritte, die inzwischen Rechte erworben haben könnten, zu schützen ¹²⁴⁾. Dagegen steht § 61 FGG, der einer aufhebenden Verfügung Rückwirkung beilegt. Diese Vorschrift beinhaltet jedoch keine grundsätzliche Regelung für die freiwillige Gerichtsbarkeit, denn sie ist in jeder Hinsicht Ausnahmenvorschrift. Eine Änderung einer Verfügung, die die vorläufige Vormundschaft anordnet, ist im technischen Sinne als Änderung nach § 18 FGG gar nicht zulässig (§§ 60 Abs. I Nr. 5, 18 Abs. II FGG); lediglich im Rechtsmittelweg ist eine Beseitigung möglich. § 61 FGG betrifft somit gar nicht den Fall einer Abänderung der Verfügung durch das verfügende Gericht, wie ihn § 18 FGG im Auge hat, sondern es handelt sich um die Aufhebung einer Entscheidung im Rechtsmittelzug. Ferner wird zwischen Erlaß der Verfügung durch das Amtsgericht und der Aufhebung durch das Beschwerdegericht wegen der Beschwerdefrist naturgemäß kein allzu langer Zeitraum liegen können im Gegensatz zu Verfügungen, die nur mit einfacher Beschwerde angreifbar sind. Dort können sehr lange Zeitläufe zwischen Erlaß und Aufhebung der Entscheidung durch das Rechtsmittelgericht liegen. Man wird aus rein praktischen Erwägungen

123) Für den Fall, daß ein Wiederaufnahmegrund im Sinne der ZPO vorliegt, vergl. oben § 2

124) Baur § 24 B V la

eher geneigt sein, kurze Zeiträume durch Rückwirkung überspringen zu lassen als sehr große, denn es ist ja zum erheblichen Maße auch eine Frage der Rechtssicherheit. Würde ein jahrelang bestehender Rechtszustand, auf den sich das gesamte praktische Leben eingestellt hat, plötzlich rückwirkend geändert, so kann das zu unabsehbaren Komplikationen führen. So etwas kann man nur auf sich nehmen, wenn andererseits äußerst gravierende Interessen es gebieten, d. h. wenn es tatsächlich das kleinere Übel ist. So kann man festhalten, daß § 32 der Grundsatz und § 61 FGG eine Ausnahmebestimmung ist, insbesondere da § 61 auch nur für die Rechtsgeschäfte des Entmündigten gilt, nicht aber für die des Vormundes. Auf seine rechtsgeschäftliche Tätigkeit findet § 32 FGG Anwendung¹²⁵⁾. Insoweit ist das Rückwirkungsprinzip des § 61 im Falle der Aufhebung eines vorläufigen Entmündigungsbeschlusses noch gar nicht einmal generell für diesen Fall, sondern auch nur von partieller Bedeutung für den Entmündigten selbst. Daraus ist zu folgern, daß auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein generelles Rückwirkungsverbot besteht¹²⁶⁾. Es ist ferner auch nicht möglich, daß der Richter im Einzelfall einer Entscheidung selbst Rückwirkung beilegt, wie es Keidel¹²⁷⁾ für möglich hält¹²⁸⁾. Das von Keidel¹²⁹⁾ angeführte Beispiel der bereits beigetriebenen Ordnungsstrafe zwingt nicht zu dieser Annahme, denn die Zweitverfügung kann auch als Rück erstattungsanordnung angesehen werden. Ansonsten kommt es im Beispiel Keidel auf die Rückwirkung gar nicht besonders an, denn die Rechte Dritter sind in keiner Weise beeinflußt worden. Daraus ergibt sich, daß der objektiven Notwendigkeit, Entscheidungen, die mit gravierenden Fehlern behaftet sind, mit rückwirkender Kraft aufheben zu können, nicht durch extensive

125) Keidel Anm. 2 zu § 61

126) Baur § 24 B V 2c;

Schlegelberger Rn. 29a zu § 18 mit weiterer Literaturangabe und ausführlicher Begründung;

Lent § 17 VII 4b;

a.A.: Josef S. 143 f. der meint, daß es auf den einzelnen Fall und die Interessen des Gerichts ankomme.

127) Keidel Anm. 8 zu § 18;

vergl. auch Fuchs Anm. 3 zu § 18

128) vergl. Baur a.a.O.; Lent a.a.O.; Schlegelberger a.a.O. mit zutreffender Begründung

129) Keidel a.a.O.

Auslegung von § 61 FGG entsprochen werden kann. Auch aus diesem Grunde besteht ein echtes Bedürfnis nach Wiederaufnahme des Verfahrens.

D) Zusammenfassung

Als Ergebnis vorstehender Untersuchungen kann man feststellen, daß eine extensive Auslegung von Abänderungsvorschriften mit dem Ziel, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu vermeiden, nicht möglich ist. Man sollte im Gegenteil von Abänderungs- und Widerrufsmöglichkeiten nur dann Gebrauch machen, wenn es dringend im Allgemeininteresse erforderlich ist. Es wäre eine unerfreuliche Ungleichheit, wenn der Bürger an eine formell rechtskräftige Entscheidung gebunden wäre, d. h., ihre Beseitigung nicht erreichen kann, der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit dagegen jederzeit in der Lage sein sollte, seine Verfügung abzuändern. Man darf bei einer solchen Wertung nicht übersehen, daß der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ¹³⁰⁾ nicht, wie der Zivilprozeßrichter, unparteiischer Schiedsrichter ist, sondern durch den Fürsorgecharakter seiner Arbeitsgebiete stets aktiv in die Lebensbereiche der Bürger eingreift und Rechtsgestaltungen vornimmt, die die Betroffenen oftmals absolut nicht wollen ¹³¹⁾. Seine Funktion ist in diesem Bereich sehr der einer Verwaltungsbehörde angenähert, die rechtsgestaltende Verwaltungsakte erläßt.

In diesem Zusammenhang ist es sehr aufschlußreich, daß man im österreichischen Verwaltungsrecht die Wiederaufnahme des Verfahrens dem Widerruf von Verwaltungsakten vorzieht ¹³²⁾. Bereits vor Erlaß des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes hat der österreichische Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Wiederaufnahme des Verfahrens und den Widerruf von Verwaltungsakten nur in dringendsten Fällen zugelassen. Diese Widerrufsmöglichkeit ist als Ausnahme im jetzigen Verwaltungsverfahrensgesetz festgehalten ¹³³⁾. Die gleiche Vorschrift legt ferner fest, daß Verwaltungsakte in materieller Rechtskraft erwachsen.

130) im klassischen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

131) man denke nur an den Fürsorgeerziehungsbeschluß.

132) Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz vom 21.7.1925.

133) Artikel 68 Allg. Verw. Verf.G.

Da diese Regelung dem Erfordernis der Rechtssicherheit näher kommt als das System von Widerrufs- und Abänderungsmöglichkeiten, bestehen Bestrebungen, diese Regelung im deutschen Verwaltungsrecht durchzusetzen ¹³⁴⁾.

Das FGG enthält in etwa das gleiche Prinzip wie das österreichische Verwaltungsverfahrenrecht. Die Abänderungsmöglichkeit ist de facto auch nur eine Ausnahme, die es erlaubt, unter gewissen Umständen vom Prinzip der Unabänderbarkeit abzuweichen. Gerade dieser Vergleich mit dem österreichischen Recht drängt den Gedanken auf, daß auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Wiederaufnahme des Verfahrens gegeben sein muß.

134) vergl. Hufnagel, DVBl 51,623;

a.A.: BSG, NJW 61,142

§ 4

Nichtigkeit von Entscheidungen

A) Nichtigkeit von Staatsakten

1) Nichtigkeit von Urteilen im Zivilprozeß

Im deutschen Zivilprozeß gibt es drei Arten von nichtigen Urteilen:

a) Scheinurteile: hierbei handelt es sich um Nicht-Urteile.

b) Wirkungslose Urteile: Es sind hierunter die sogenannten nichtigen Entscheidungen zu verstehen und zwar die Fälle, in denen dem erkennenden Gericht die Gerichtsbarkeit fehlte oder die ausgesprochene Rechtsfolge dem deutschen Recht gänzlich unbekannt oder grundsätzlich unzulässig ist. Als Beispiel sei eine Verurteilung zu Prügelstrafe erwähnt.

c) Urteile, die aus tatsächlichen Gründen keine Wirksamkeit haben können, ohne unter die beiden ersten Gruppen zu fallen. Z. B. das sinnlose, in sich widersprüchliche Urteil ¹³⁵⁾.

Im Zivilprozeßrecht gibt es somit praktisch keine nichtigen (besser: wirkungslosen) Urteile, denn die von Lehre und Rechtsprechung als wirkungslos anerkannten Urteile setzen allesamt so horrende Fehlerhaftigkeit voraus, daß sie in der Praxis nur äußerst selten, wenn überhaupt, vorkommen.

Es besteht ferner in den unter b) und c) angeführten Fällen jederzeit die Möglichkeit, die Wirkungslosigkeit der Entscheidung feststellen zu lassen und zwar unbeschränkt durch Feststellungsklage (§ 256 ZPO) und bei

135) Baumbach-Lauterbach Vorbem. 3 vor § 300

Nikisch, Zivilprozeßrecht S. 394 ff.

Jauernig §§ 13 bis 15, insbesondere Seite 189 unterscheidet zwischen dem wirkungslosen und wirkungsgeminderten Urteil. Das in sich widerspruchsvolle Urteil ist nur wirkungsgemindert. Er hat deshalb eine Skala aufgestellt, die vom Nichturteil über das ganz oder teilweise wirkungslose Urteil zum wirksamen Urteil führt.

Rosenberg § 73;

vergl. auch Jauernig, JZ 55,235

versuchter Zwangsvollstreckung durch Einwendung gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel nach § 732 ZPO mit der Behauptung, es liege gar kein vollstreckbarer Titel vor ¹³⁶⁾.

Damit kann auch der Rechtsschein, den ein zwar wirkungsloses, aber immerhin formell existentes Urteil erzeugt, beseitigt werden. Wirkungslose Urteile werden zwar formell rechtskräftig, sind aber materieller Rechtskraft nicht fähig ¹³⁷⁾. Sehr fraglich erscheint, ob wirkungslose Entscheidungen durch Wiederaufnahme des Verfahrens beseitigt werden können, wie Lent ¹³⁸⁾ meint. Das wirkungslose Urteil wird nicht materiell rechtskräftig, und die Wiederaufnahme des Verfahrens dient ja gerade der Beseitigung der materiellen Rechtskraft ¹³⁹⁾. Lent widerspricht seiner eigenen These, wenn er anschließend zutreffend argumentiert ¹⁴⁰⁾, daß fehlerhafte Urteile wirksam seien, weil dagegen Wiederaufnahme des Verfahrens gegeben sei. Daraus ergibt sich logisch zwingend, daß gegen unwirksame Entscheidungen keine Wiederaufnahmemöglichkeit gegeben sein kann; sie ist im übrigen auch gar nicht nötig, denn die Feststellungsklage erfüllt bei unwirksamen Entscheidungen den gleichen Zweck.

2) Nichtigkeit von Verwaltungsakten

Von nichtigen oder unwirksamen Verwaltungsakten sind sogenannte "Nichtakte" zu unterscheiden. Das sind Gegenstücke zum Nichturteil, d. h. Akte, die von Personen ausgehen, die keine staatliche Machtbefugnis haben (Hauptmann von Köpenick).

Nichtigkeit liegt bei Verwaltungsakten dann vor, wenn ihnen die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge endgültig versagt ist ¹⁴¹⁾. In Literatur

136) Baumbach-Lauterbach a.a.O.;

Nikisch a.a.O.

137) Rosenberg a.a.O.;

Nikisch a.a.O.;

Lent a.a.O.

138) Lent ZPO § 60 III

139) Rosenberg § 154 III 1;

Baumbach-Lauterbach Anm. 2 zu § 578

140) Lent a.a.O.

141) Eyermann-Fröhler Komm. zur Verwaltungsgerichtsordnung Anhang I 1 zu §

und Rechtsprechung sind folgende Fälle von Nichtigkeit anerkannt:

a) Erlaß des Verwaltungsaktes durch eine sachlich absolut unzuständige Stelle. Forsthoff, der als Repräsentant der objektiven Nichtigkeitstheorie gilt, definiert absolute Unzuständigkeit als offensichtliche Unzuständigkeit ¹⁴²⁾ und folgt damit der Evidenztheorie ¹⁴³⁾.

b) Örtliche Unzuständigkeit führt zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes, wenn eine ausschließliche Zuständigkeit begründet ist ¹⁴⁴⁾. Das gilt z.B. für Akte gleichgeordneter Rechtsträger, der Bürgermeister der Stadt A. ordnet für den Bereich der Stadt B. etwas an. In solchen Fällen ist die Anordnung nichtig.

c) Schwerste Verstöße gegen verwaltungseigentümliche Verfahrensnormen führen ebenfalls zur Nichtigkeit, jedoch gilt das nicht für rein begünstigende Verwaltungsakte ¹⁴⁵⁾. Als Beispiel sei die fehlende Mitwirkung bei sogenannten zweiseitigen Verwaltungsakten erwähnt.

d) Der gleichen Rechtsfolge unterliegen grobe Verstöße gegen zwingende Formvorschrift ¹⁴⁶⁾, z. B. mündliche Ernennung zum Beamten.

e) Eine Entscheidung, die infolge unzulässiger Beeinflussung der Willensbildung durch vis compulsiva ¹⁴⁷⁾ zustande kommt, ist unwirksam.

f) Schwere Verstöße gegen inhaltsbestimmende Normen ¹⁴⁸⁾ führen ebenfalls zur Nichtigkeit. Es gibt hier zwei Unterfälle, 1. widerspruchsvoller Inhalt des Verwaltungsaktes und 2. rechtliche oder tatsächliche Unmöglichkeit des Angeordneten.

In all diesen anerkannten Fällen liegen solch elementare Verstöße vor,

142) Forsthoff § 12 (S. 214)

143) vergl. Bender, DVBl. 53,33

144) Eyermann-Fröhler, Anh. I 2 zu § 42;
Forsthoff S. 190

145) Eyermann-Fröhler a.a.O.;
Forsthoff S. 195

146) Forsthoff S. 196

147) Hess. VGH, NJW 49,635

148) Forsthoff § 12 (S. 220 ff.)

daß sie jederzeit erkannt werden können. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist eine Ausweitung der Nichtigkeitsgründe nicht angezeigt, vielmehr ist auch im Verwaltungsrecht die Tendenz zu beobachten, daß Nichtigkeit von Verwaltungsakten nur bei allergrößter Fehlerhaftigkeit angenommen wird, wenn dem Verwaltungsakt die Nichtigkeit gewissermaßen auf die Stirn geschrieben ist. Es gibt im Verwaltungsrecht noch keine dogmatische Erfassungsmöglichkeit der Nichtigkeitsgründe. Der Unterschied zwischen nichtigem und fehlerhaftem (aber wirksamem) Verwaltungsakt ist nicht grundsätzlicher, sondern gradueller Natur. Es ist eine Frage der Zweckmäßigkeit ¹⁴⁹⁾ und der Abwägung rechtsstaatlicher Prinzipien, ob ein Verwaltungsakt nichtig oder anfechtbar (fehlerhaft) ist. Bevor der Verwaltungsrechtsweg eröffnet war, ging die allgemeine Tendenz stark zur Ausweitung der Nichtigkeitsgründe, um einen zivilen Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte zu erreichen ¹⁵⁰⁾. Heute besteht dafür kein Anlaß mehr. Nach der Schaffung eines umfassenden Verwaltungsrechtsschutzes zwingen heute Gründe der Rechtssicherheit zur Einengung. Die Staatsbürger sollen sich auf die Wirksamkeit der Verwaltungsanordnungen verlassen können und nur dort, wo die Anordnung ganz offensichtlich, also auch für den Laien erkenntlich falsch ist, kann Nichtigkeit gegeben sein ¹⁵¹⁾. Im Verwaltungsrecht kann die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes durch Rechtsmittel (Beschwerde, Anfechtungsklage) und durch Feststellungsklage natürlich ebenfalls geltend gemacht werden ¹⁵²⁾.

B) Nichtigkeit von Entscheidungen im
Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

1) Im Grunde genommen gleichen sich die Voraussetzungen der Nichtigkeit von Staatsakten sowohl im Verwaltungs- als auch im Prozeßrecht. Nur ganz

149) Forsthoff § 12 (S. 208)

150) Forsthoff a.a.O.

151) vergl. Bender a.a.O.

152) Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes 1954 S. 184;
Klinger, Anm. F. II zu § 42, C I 2 zu § 43;
Koehler, Anm. VIII zu § 43

offensichtlich unsinnige und falsche Akte werden als nichtig angesprochen. Darüber hinaus erleiden noch Akte, die von Unbefugten stammen, das gleiche Schicksal. Im einzelnen mögen die Nichtigkeitsgründe im Verwaltungsrecht etwas weiter gefaßt erscheinen als im Prozeßrecht; sie beruhen jedoch auf dem gleichen Prinzip: Nur offensichtlich grob fehlerhafte Akte sind nichtig.

Das kann in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht anders sein ¹⁵³⁾. Eine gesetzliche Regelung gibt es nur in Form des § 7 FGG und zwar auch nur als negative Regelung der Nichtigkeit. § 7 enthält das ausgesprochen, was bereits für die vorher besprochenen anderen Rechtsgebiete selbstverständlich war. Die örtliche Unzuständigkeit des erkennenden Gerichts führt ebensowenig zur Nichtigkeit, wie die Mitwirkung eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters. Letzteres ergibt sich für den Zivilprozeß aus § 579 Abs. I Nr. 2 ZPO. Die Möglichkeit der Wiederaufnahme setzt Gültigkeit der Entscheidung voraus. § 7 FGG erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und Ausschließlichkeit; es kann daher insbesondere nicht durch Umkehrschluß gefolgert werden, daß alle aus anderen Gründen fehlerhaften Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nichtig seien. Das ergibt sich schon aus der Existenz des § 18 Abs. I FGG. Er wäre überflüssig und direkt widersinnig, denn die Abänderung fehlerhafter Verfügungen brauchte nicht ausdrücklich erlaubt zu werden, wenn die fehlerhaften Verfügungen bereits nichtig und somit ohne Tatbestands- und Bindungswirkung wären. § 18 FGG sieht ja nur die Abänderung fehlerhafter (unzumutbar = fehlerhaft) Verfügungen vor. Die Abänderung einer fehlerfreien Verfügung nach § 18 FGG wäre rechtswidrig.

2) In Literatur und Rechtsprechung wird zu Recht darauf hingewiesen, daß man sich auch auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit der Annahme von Nichtigkeit sehr zurückhalten soll. In der Regel ist eine

153) Baur § 27 A;
Lent § 19 I

Verfügung nur anfechtbar und nicht unwirksam ¹⁵⁴⁾. Insbesondere kann die Entscheidung der freiwilligen Gerichtsbarkeit keinen anderen Prinzipien folgen als Zivilurteil, Strafurteil und Verwaltungsakt auch ¹⁵⁵⁾. Ferner können nichtige Verfügungen, wenn sie schon vorkommen, ebenfalls mit Rechtsmitteln angegriffen werden ¹⁵⁶⁾.

Es werden von der heute herrschenden Gültigkeitstheorie ¹⁵⁷⁾ in folgenden Fällen Nichtigkeitsgründe bejaht:

- a) Überschreitung der Landesgrenzen ¹⁵⁸⁾.
- b) Überschreitung der gesetzlich für hoheitliche Einwirkung auf bürgerliche Rechtsverhältnisse gesetzten Schranken ¹⁵⁹⁾.
- c) Verstöße gegen zwingende Vorschriften des materiellen Rechts oder wie Baur sagt ¹⁶⁰⁾, wenn das Gesetz die Nichtigkeitsfolge erkennen läßt.
- d) Unzulässige Beeinflussung der Willensbildung durch vis compulsiva ¹⁶¹⁾.

154) Keidel, Anm. 6 zu § 7;

Schlegelberger, Rn. 7 bis 10 zu § 7;

Lent § 19 I, III;

Baur a.a.O.

155) Lent § 19 III

156) Baur a.a.O.;

Keidel, Anm. 3 zu § 7 mit Rechtsprechungsnachweis

157) Baur § 27 B II;

Lent a.a.O.;

Schlegelberger, Rn. 6 - 10 zu § 7

158) Keidel, An. 3 zu § 7

159) Baur § 27 B II b, c;

Lent § 19 III 2,8;

Schlegelberger, Rn. 5 zu § 7

160) Baur § 27 B II a

161) BGH, NJW 52,1289 mit zustimmender Anm. v. Hoche

e) Verstoß gegen die sachliche Zuständigkeit ¹⁶²⁾, allerdings tritt keine Nichtigkeit trotz Verletzung der sachlichen Zuständigkeit ein, wenn wenigstens die funktionelle Zuständigkeit des entscheidenden Gerichts gegeben ist ¹⁶³⁾.

f) Mitwirkung einer ausgeschlossenen Urkundsperson § 170 FGG ¹⁶⁴⁾.

Keine Nichtigkeit ist bei Verstößen gegen Verfahrensvorschriften anzunehmen ¹⁶⁵⁾. Für den Zivilprozeß hat der BGH ¹⁶⁶⁾ das eindeutig zu erkennen gegeben. Es besteht für den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit kein Anlaß, das Gegenteil anzunehmen. Der im Verwaltungsrecht zur Nichtigkeit führende Fall des Fehlens der Mitwirkung bei zweiseitigen Verwaltungsakten ¹⁶⁷⁾, der als Prototyp der Nichtigkeitsfolge bei Verstößen gegen Verfahrensvorschriften angesehen wird, hat in der freiwilligen Gerichtsbarkeit sein Gegenstück in der Zustimmung des Minderjährigen zur Volljährigkeitserklärung. Ein Mangel an diesem Tatbestand führt allerdings auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Nichtigkeit ¹⁶⁸⁾, ist jedoch in obiger Aufstellung bereits

162) Keidel, Anm. 3 zu § 7 und in JZ 54,233;

Schlegelberger, Rn. 12 zu § 7;

Dorner, Anm. 3 zu § 7;

Josef, Anm. 4 zu § 7;

v. Schneider, Anm. 3 zu § 7;

a.M.: Baur § 27 B I 2b;

Siehr S. 11;

vergl. Lent § 19 II A 3

163) OLG Hamburg, NJW 53,1230;

Haegeler und Kobler, Dt. Not.Z. 53,216 und 445 Bayer. OBLGZ 1951
Nr. 146

164) Keidel, Anm. 1 zu § 170;

Siehr S. 25;

Baur § 8 IV 4a

165) vergl. oben e)

166) BGHZ 9,291;

10,130

167) vergl. § 4 A 2c

168) Forsthoff S. 195 f. herrsch. M.;

a.M.: RGR-Kom. Anm. 2 zu § 3 mit weiteren Lit.-Nachweisen.

mit erfaßt ¹⁶⁹⁾. Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens zwingen dazu in Verbindung mit der Beharrungstendenz staatlicher Akte, Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Verstößen gegen Verfahrensvorschriften nicht als unwirksam zu erachten ¹⁷⁰⁾. Im übrigen ist es genereller Grundsatz, Nichtigkeit von Staatsakten, gleichgültig welcher Art, nur bei offensichtlichen Fehlern anzunehmen. Einen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften kann man aber der Entscheidung in der Regel nicht mehr ansehen, es sei denn, sie sei von einer offensichtlich sachlich unzuständigen Stelle ausgegangen.

Sehr fraglich erscheint unter den vorstehenden Gesichtspunkten, ob die Verweigerung des rechtlichen Gehörs zur Nichtigkeit führt. Der Inhalt des rechtlichen Gehörs ist die Möglichkeit, auf die zu erlassende Entscheidung Einfluß zu nehmen ¹⁷¹⁾. Das muß natürlich in der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzlich auch gegeben sein ¹⁷²⁾, denn der Grundsatz des Art. 103 GG ist so umfassender Natur, daß er für alle Rechtsgebiete Anwendung finden muß. Seine Verletzung wird der Beschwerde zum Erfolg verhelfen. Ist die Entscheidung jedoch rechtskräftig geworden, weil die Parteien verabsäumten, Rechtsmittel einzulegen, so kann nicht mehr abgeholfen werden. Dafür besteht aber auch im allgemeinen kein Bedürfnis, zumindest kein stärkeres Bedürfnis als im Zivilprozeß auch. Dort ist in solcher Situation ebenfalls keine Abhilfsmöglichkeit mehr gegeben. Fraglich bleibt nur noch, ob in irgendeiner Weise geholfen werden kann, wenn ein Beteiligter kein Rechtsmittel einlegen konnte, da ihm gar nicht bekannt war, daß überhaupt ein Verfahren läuft. Nichtigkeit der Entscheidung kann aus Gründen der Rechtssicherheit auch hier nicht angenommen werden ¹⁷³⁾. Ferner könnte der Beteiligte auch nachträglich darauf verzichten, diesen Mangel geltend zu machen, so daß

169) vergl. oben b)

170) so Baur § 27 B I 1a

171) Baur, AcP 153,410

172) Baur § 19

173) vergl. Ob. Fideikomissgericht, DJ 37,1395

bei anderer Auffassung die Entscheidung nichtig wäre, obgleich sie inhaltlich richtig und von den Beteiligten akzeptiert ist. Deshalb ist in dieser Frage Baur zuzustimmen¹⁷⁴⁾, der die Entscheidung für wirksam erachtet. Ob bei vorliegendem Fall Wiederaufnahme des Verfahrens möglich ist, wird später zu untersuchen sein. Ein Verstoß gegen Verfahrensnormen führt also auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zu Unwirksamkeit der Entscheidung.

Die Nichtigkeitsgründe sind im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit ebenso beschränkt, wie in anderen Verfahrensarten. Soweit die Nichtigkeit noch durch Rechtsmittel gerügt werden kann, ist sie auch hier praktisch bedeutungslos. Sehr wesentlich werden Nichtigkeitsgründe erst nach Eintritt der formellen Rechtskraft, denn dann sind sie unter Umständen das einzige Mittel, um die Entscheidung auszuschalten. Das wäre der einzige Gesichtspunkt, der es rechtfertigen könnte, die Nichtigkeitsgründe auszudehnen. Es ist natürlich selbstverständlich, daß keine unterschiedliche Beurteilung der Nichtigkeit Platz greifen kann, je nach dem, ob formelle Rechtskraft eintrat oder nicht. Diese Frage liegt aber für alle Verfahrensarten gleichermaßen. Es besteht kein Anlaß, die allgemeinen Gesichtspunkte die in allen anderen Verfahrensarten für eine Beschränkung der Nichtigkeitsgründe ausschlaggebend waren, in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht anzuwenden, deshalb muß es auch nach Eintritt der formellen Rechtskraft beim allgemeinen System bleiben. Im übrigen muß durch Wiederaufnahme des Verfahrens abgeholfen werden können.

174) Baur § 27 B I 3b

§ 5

Verbot der Benützung erschlichener Entscheidungen.

Wie auf anderen Rechtsgebieten ¹⁷⁵⁾ gilt auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit der Grundsatz, daß niemand ein formelles Recht sittenwidrig zur Schädigung anderer gebrauchen darf ¹⁷⁶⁾.

Fraglich ist nur, in welcher Weise der Mangel vom Betroffenen geltend gemacht werden kann. Soweit es sich um vollstreckungsbedürftige Entscheidungen handelt, kann der Arglisteinwand zur Verhinderung der Zwangsvollstreckung (§§ 732, 767 ZPO) führen. Diese Fälle sind jedoch sehr gering. Die Mehrheit der Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist rechtsgestaltender Natur, und eine Zwangsvollstreckung erübrigt sich, da die Gestaltungswirkung unmittelbar eintritt. Einfach liegen die Dinge vor Eintritt der Rechtskraft. Es kann im Rechtsmittelweg die Aufhebung der fehlerhaften Verfügung erreicht werden. Nach Eintritt der Rechtskraft liegen die Verhältnisse wesentlich komplizierter. Nichtigkeit der Entscheidung kommt nicht in Frage, -denn die Fehlerhaftigkeit ist in der Regel nicht offensichtlich. Zum gleichen Ergebnis führt der Gedanke des Schutzes Dritter. Solche Verfügungen sind demzufolge wirksam ¹⁷⁷⁾. Für manche Fälle, in denen z. B. vorläufige Vormundschaft, Abwesenheitspflegschaft, vormundschaftliche Genehmigungen, etc. erschlichen wurden, tritt Nichtigkeit des auf der erschlichenen Ermächtigung beruhenden Rechtsgeschäftes ein, soweit der Geschäftspartner nicht schutzwürdig ist ¹⁷⁸⁾. Dadurch bleibt die Verfügung jedoch rechtsgültig, so daß die Unwirksamkeit jedes neu vorgenommenen Geschäftes geltend gemacht werden muß ¹⁷⁹⁾. Nichtigkeit der Entscheidung ist

175) RGZ 75,213;

Hellwig im Recht 10,714

176) Schlegelberger, Rn. 6 zu § 16;

Josef, ZZP 42,42;

Münzel, NJW 52,721

177) OLG Kassel, OLG-Rspr. 11,303

178) so OLG Kassel a.a.O.;

Josef, ZZP 42,44

179) OLG Kassel a.a.O.

hier aus den vorerwähnten Gründen abzulehnen. Wenn die Frage der Nichtigkeit von Entscheidungen auch bis zu einem gewissen Grade eine Frage der Zweckmäßigkeit ist ¹⁸⁰⁾, so muß sie doch generell und einheitlich gelöst werden und zwar für alle Verfahrensarten in gleicher Weise, wenn sich nicht aus den Besonderheiten einer Verfahrensart etwas grundsätzlich anderes ergeben sollte. Für die freiwillige Gerichtsbarkeit ist kein Anlaß ersichtlich, vom allgemeinen System abzuweichen. Es mag vielleicht auf den ersten Blick als vorteilhaft erscheinen, wenn man fehlerhafte Verfügungen weitgehend als nichtig anspräche, weil man damit den zeitraubenden und nicht ganz einfachen Weg der Wiederaufnahme des Verfahrens umgehen kann.

Tatsächlich wäre eine solche Lösung noch gar nicht einmal unbedingt praktisch; ihr wohnt ein großer Nachteil inne. Die Betroffenen können die Nichtigkeit einer Entscheidung zwar immer und jederzeit vorbringen, haben jedoch ein großes Interesse daran, die Nichtigkeit expressis verbis gerichtlich festgestellt zu sehen ¹⁸¹⁾. Das können sie im Zivilprozeß und im Verwaltungsverfahren durch Feststellungsklage nach § 256 ZPO erreichen. Ob in der freiwilligen Gerichtsbarkeit diese Möglichkeit auch besteht, ist noch ungeklärt. Für einige Teilgebiete ist sie bejahend beantwortet worden (z. B. für das Pachtschutzverfahren, für das Rückerstattungsverfahren und für Landwirtschaftssachen nach der ehemaligen LVO) ¹⁸²⁾. Die Feststellung der Nichtigkeit durch Wiederaufnahme des Verfahrens ist ausgeschlossen. Da die Wiederaufnahme des Verfahrens gerade der Beseitigung der materiellen Rechtskraft dient, ist sie nur möglich, wenn die Entscheidung gültig ist. Wenn eine Feststellung der Nichtigkeit in einem Feststellungsverfahren nicht möglich sein sollte, könnten die Betroffenen nie eine definitive Entscheidung darüber bekommen, ob die fragliche Verfügung gültig ist oder nicht, was

180) Forsthoff S. 187

181) Baur § 27 A ;

Rosenberg für den Zivilprozeß § 73 IV 1

182) Keidel, JZ 53, 273 mit weiterem Literatur- und Rechtsprechungs-
nachweis

im Hinblick auf die Rechtssicherheit ein denkbar unerfreuliches Ergebnis wäre. Deshalb trägt auch dieser Gesichtspunkt dazu bei, in solchen Fällen keine Nichtigkeit der Entscheidung anzunehmen. Die erschlichene Verfügung kann also nur im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens beseitigt werden. Dafür besteht auch ein echtes Bedürfnis. Wollte man die Wiederaufnahme grundsätzlich verneinen, so verbliebe es für die Kategorie der erschlichenen Verfügungen bei § 826 BGB. Dieser Weg ist aber bekanntermaßen sehr unsicher und deshalb recht fragwürdig¹⁸³⁾. Während das Reichsgericht früher die Arglistrede eingreifen ließ¹⁸⁴⁾ trat nach Inkrafttreten des BGB an deren Stelle § 826 BGB¹⁸⁵⁾. "Die Wirkung der Rechtskraft muß da enden, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zweck herbeigeführt ist, dem, was nicht Recht ist, den Stempel des Rechts zu geben"¹⁸⁶⁾. Daraus ist bereits die schwierige Beweislast zu erkennen. Der Kläger mußte nicht nur die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Gläubigers beweisen, sondern auch dessen Absicht, sich einen rechtswidrigen Titel zu erschleichen. Nach der neueren Rechtsprechung genügt bereits der Nachweis, daß der Gläubiger nachträglich die Unrichtigkeit des Titels erkennt und dennoch, allerdings nur unter gewissen Umständen, vollstreckt¹⁸⁷⁾. Aber auch das ist für den Kläger nur sehr schwer nachzuweisen.

183) vergl. BVerf. GE2,380 ff

184) RGZ 46,75 (79)

185) RGZ 61,359 (365)

186) RG a.a.O.

187) vergl. dazu RGZ 39,142; 78,390; 155,55; 163,287; 165,26; 168,12; BGH, NJW 51,759;

Dernburg, DJZ 1905,465 ff;

Wendt, AcP 100,1 (310);

Reichel in Festschrift für Wach Bd. III S. 1 ff.;

Stein-Jonas-Schönke, Anm. X zu § 322 mit weiteren Literatur- und Rechtspr.-Nachweisen, vergl. aber auch Bay. ObLG in Seuff. Arch. 47,470;

Reinicke, NJW 52,3 ff.;

Oertmann, Arch. Bürg. R. 42,1 ff.;

Hedemann: Die Flucht in die Generalklausel, Tübingen 1933 S. 8,24 f.;

Leyser, Arch. Bürg. R. 17,107;

vergl. auch Gaul S. 30 ff.

Die Abänderungsmöglichkeit wegen veränderter Umstände scheidet aus, da sich nicht die Umstände geändert haben, sondern die Kenntnis des Gerichts von den Umständen hat sich geändert.

§ 6

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

§ 22 FGG gibt die Möglichkeit, die Rechtskraft durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu vernichten. Zum gleichen Ergebnis führt § 92 FGG. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann naturgemäß die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht ersetzen. Nicht nur, daß die Wiedereinsetzung nur dann in Frage kommt, wenn die Beschwerdefrist versäumt wurde, ist sie auch nur innerhalb eines Jahres möglich, während die Wiederaufnahme innerhalb von fünf Jahren betrieben werden kann. Im übrigen liegen Wiedereinsetzung und Wiederaufnahme auch auf ganz verschiedenen Ebenen. Man könnte wohl kaum sagen, daß der Betroffene durch einen Wiederaufnahmegrund, z. B. eine falsche Zeugenaussage, an der Wahrung der Rechtsmittelfrist gehindert wurde. Die sofortige Beschwerde konnte doch ohne weiteres eingelegt werden, allerdings erschien sie wenig erfolgversprechend, solange der Wiederaufnahmegrund nicht bekannt war. Tatsächlich gehindert war der Betroffene jedenfalls nicht. Darauf kommt es aber gerade an. Nur wenn der Betroffene tatsächlich an der Einlegung des Rechtsmittels gehindert war, kann die Versäumung der Rechtsmittelfrist durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geheilt werden. Allerdings ist die Rechtsprechung in der Frage der tatsächlichen Verhinderung sehr großzügig. So gewährt man die Wiedereinsetzung z. B. im Strafprozeß, wenn der Angeklagte versehentlich keine Rechtsmittelbelehrung erhielt und glaubte, daß keine weitere Instanz gegeben sei. Selbst bei dieser großzügigen Handhabung dürfte es zu weit gehen, die Wiederaufnahme durch Wiedereinsetzung zu ersetzen. Es widerspricht dem Wesen der Wiedereinsetzung, wenn sie dazu dienen soll, nachträglich bekanntgewordenen Tatsachen zur Perfektion zu verhelfen¹⁸⁸⁾.

188) Schlegelberger, Rn. 9 zu § 22 mit Rechtsprechungsnachweisen;
zum gleichen Ergebnis kommt Lent § 19 II A 11

§ 7

Gesetzlich geregelte Wiederaufnahme des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

In einigen Gesetzen, deren Materien zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören, ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens vorgesehen.

Es handelt sich dabei um folgende Fälle:

- 1) §§ 33 a, 40 Verschollenheitsgesetz
- 2) § 12 Abs. II des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses¹⁸⁹⁾.
Dazu tritt noch für die brit. Zone die Verordnung über die Wiederaufnahme in Erbgesundheitssachen¹⁹⁰⁾, die Zuständigkeit und Verfahren regelt.
- 3) § 136 FGG¹⁹¹⁾.
- 4) § 37 Abs. III Satz 3 der ehemaligen Verfahrensordnung für Landwirtschaftssachen (LVO)¹⁹²⁾.

In allen Fällen kann die Wiederaufnahme, ähnlich wie im Strafprozeß, auf neue Tatsachen gestützt werden¹⁹³⁾. Insoweit ist gegen den übrigen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit noch nichts grundsätzlich Neues gewonnen, denn die Abänderbarkeit wegen veränderter Umstände ist generell gegeben. Das Entscheidende an den vorerwähnten Vorschriften ist, daß sie eine Wiederaufnahme des Verfahrens erlauben, wenn Tatsachen neu bekannt werden. Darüber hinaus nimmt Barnstaedt-Mayer¹⁹⁴⁾ sogar an, daß auch ein Wandel der Rechtsprechung zur Wiederaufnahme nach § 37 LVO führen kann. Das erscheint allerdings etwas sehr gewagt. Es wider-

189) RGBL 1933 I S. 529. Dieses Gesetz ist zwar heute im allgemeinen nicht mehr anwendbar, jedoch sind die Wiederaufnahmebestimmungen noch in Kraft, um frühere Entscheidungen auch heute noch formell aufheben zu können.

190) VOBl. der Brit. Zone 1947 S. 110

191) Hier erscheint fraglich, ob es sich überhaupt um eine Wiederaufnahmევorschrift handelt, denn der Einspruch kann auch als Einspruch nicht nur gegen die Sachverfügung, sondern auch gegen die Straf-festsetzung angesehen werden.

192) VO. Bl. der Brit. Zone 1947 S. 157

193) vergl. in diesem Zusammenhang im Verwaltungsrecht § 342 LAG und § 1 Bundesnotaufnahmegesetz mit § 15 der DVO zum Bundesnotaufnahmegesetz.

194) Anm. 13 zu § 37

streitet den Bedürfnissen der Rechtssicherheit, wenn bei jedem Wandel in der Rechtsprechung alle alten Prozesse wieder aufgenommen werden könnten.

Aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber Wiederaufnahmemöglichkeiten dieser Art geschaffen hat, ergibt sich eindeutig, daß die Änderungsmöglichkeit des § 18 FGG nicht so weit geht und daß infolgedessen die Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch in materieller Rechtskraft erwachsen. Eine Wiederaufnahme ist ja nur dann diskutabel, wenn die angegriffene Entscheidung materiell rechtskräftig ist. Daß es sich um eine Wiederaufnahme im technischen Sinne handelt, ergibt sich schon allein aus der ausdrücklichen Bezeichnung "VO über Wiederaufnahmemöglichkeit in Erbgesundheitsachen" ¹⁹⁵⁾. Soweit eine Wiederaufnahmemöglichkeit in der vorerwähnten Art schon besteht, ist kein Anlaß zu einer Analogie zur Wiederaufnahme des Verfahrens der Zivilprozeßordnung.

Zusammenfassung

Es muß somit festgestellt werden, daß ein echtes Bedürfnis nach Wiederaufnahme des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht. Es ist nicht möglich, die Wiederaufnahme des Verfahrens durch Ausnützung anderer Abhilfsmöglichkeiten zu umgehen. Die extensive Auslegung von Abänderungsvorschriften ist, soweit überhaupt möglich, nicht in der Lage, alle Fälle zu erfassen, die der Wiederaufnahme bedürfen.

Die Annahme von Nichtigkeit der Entscheidungen ist ebenfalls ungeeignet, die Wiederaufnahme zu ersetzen, da nichtige Entscheidungen praktisch nicht oder kaum vorkommen. Ebenso wenig wie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann das Verbot der Benützung erschlichener Verfügungen im Rahmen des § 826 BGB zu einer echten Abhilfe führen. Schließlich sind auch die geringen gesetzlich geregelten Wiederaufnahmetatbestände der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht geeignet, eine umfassende Abhilfsmöglichkeit für fehlerhafte Entscheidungen zu schaffen.

195) vergl. Pritsch, MDR 51,537

III.

Rechtliche Möglichkeiten
der Wiederaufnahme des
Verfahrens.

§ 8

Analogie zu den Fällen gesetzlich geregelter Wiederaufnahme des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Nachdem herausgestellt wird, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens ein rechtsstaatliches Erfordernis ist, die Wiederaufnahme in der freiwilligen Gerichtsbarkeit selbst aber nicht geregelt wurde, kommen Analogien zur ZPO, StPO und zu den Fällen gesetzlich geregelter Wiederaufnahme in der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Betracht.

Auf den ersten Blick könnte man glauben, daß die letzte Möglichkeit die angemessenste wäre. Jedoch ergibt sich bei näherer Betrachtung, daß es sich bei den Fällen gesetzlich geregelter Wiederaufnahme des Verfahrens um eine ganz besonders ausgeprägte Wiederaufnahme handelt. Es liegen hier nämlich generelle Wiederaufnahmemöglichkeiten vor, die nach gewissen Auffassungen sogar noch weiter gehen, als die Wiederaufnahmemöglichkeit nach der Strafprozeßordnung zugunsten des Angeklagten. Nicht nur, daß alle neuen Tatsachen berücksichtigt werden können - das wäre in der freiwilligen Gerichtsbarkeit kein Novum -, sondern auch neu bekannt gewordene Tatsachen können mit Erfolg vorgebracht werden, allerdings mit der Einschränkung, daß der Antragsteller diese Tatsachen nicht bereits im ersten Verfahren geltend machen konnte. Nach Auffassung von Barnstaedt-Mayer¹⁹⁶⁾ und Lange-Wulff¹⁹⁷⁾ kann auch ein

196) Anm. 13 zu § 37

197) Lange-Wulff, Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen 1954 S. 208

Wandel der Rechtsprechung begründen, daß eine Entscheidung im Wege der Wiederaufnahme beseitigt wird. Allerdings seien hier sehr strenge Anforderungen zu stellen ¹⁹⁸⁾. Es mag hier unerörtert bleiben, ob dieser Auffassung zu folgen ist ¹⁹⁹⁾, jedenfalls stellt sie eine Ausweitung der Wiederaufnahme dar, die aus Gründen der Rechtssicherheit nicht generell gelten kann. Es mögen den Gesetzgeber die besonderen Umstände des landwirtschaftlichen Verfahrens bewogen haben, eine ganz besonders weitgehende Regelung zu treffen; es besteht aber kein Anlaß, hierin einen generellen Rechtsgrundsatz zu erblicken, der eine Ausdehnung auf den gesamten Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit erfahren dürfte. Die Landwirtschaftsgesetzgebung stellte immerhin einen erheblichen Eingriff in die Rechte der Landwirte dar. So ist vor allem § 305 BGB, die Vertragsfreiheit, stark eingeschränkt. Diesen Eingriff zu mildern, mag das gesetzgeberische Motiv für die Einrichtung einer generellen Wiederaufnahme gewesen sein. Hierbei ist noch zu beachten, daß gerade die Einschränkung der Vertragsfreiheit für unseren Rechtskreis, der doch in soziologischer Hinsicht sehr stark auf der kapitalistischen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung fußt, eine ganz gravierende Maßnahme ist. Gewisse Teile landwirtschaftlicher Betriebe sind ja geradezu *res extra commercium* geworden. Eine Entscheidung, die so eine Feststellung trifft, muß natürlich erheblich leichter zu beseitigen sein, als eine andere Entscheidung. Man könnte dem gegenüber stellen, daß es Entscheidungen gibt, die noch in weit größerem Maße Eingriffe in die private Sphäre der Bürger darstellen. Es muß aber beachtet werden, daß gerade die Landwirtschaftsgesetzgebung eine ganz außergewöhnliche Form staatlichen Interventionalismus ist; außergewöhnlich vor allem deshalb, weil gewissermaßen an den Grundfesten unserer Sozialordnung - der marktwirtschaftlichen Gesellschaftsordnung, nämlich der Vertragsfreiheit - gerüttelt wurde. Aus dieser Sicht gesehen gewinnt die Landwirtschaftsgesetzgebung eine Bedeutung, die man ihr im allgemeinen nicht zuzubilligen pflegt. Damit erklärt sich auch die so weitgehende Ausprägung der Wiederaufnahmemöglichkeiten. Die beson-

198) Lange-Wulff a.a.O.

199) vergl. auch § 7

deren Verhältnisse der ehemaligen LVO treffen für die übrige freiwillige Gerichtsbarkeit nicht zu, so daß schon aus diesem Grund keine analoge Anwendung von § 37 III LVO möglich war.

Die Wiederaufnahme in Erbgesundheitssachen liegt im Ergebnis genau so. Auch hier handelt es sich um eine Wiederaufnahme des Verfahrens, die aus ganz besonderen Gründen einzuführen war. Nach § 12 II des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses war eine Wiederaufnahme stets dann möglich, wenn die Entscheidung noch nicht vollzogen war, d. h., wenn der Betroffene noch nicht sterilisiert worden war. Dieser äußerste Eingriff bedurfte wegen seiner Schwere natürlich besonders einer Korrekturmöglichkeit, so daß auch hier die Wiederaufnahmemöglichkeiten praktisch unbegrenzt waren. Es ist hierbei noch besonders zu beachten, daß die Sterilisierung keine Bestrafung oder Maßregel der Sicherung und Besserung war. Es fehlte also an der Begnadigungsmöglichkeit, durch die man letztlich immer noch Strafurteile korrigieren kann. Es mag hierbei nur an ein falsches Todesurteil gedacht werden, dessen Vollzug immer noch im Gnadenweg vermieden werden konnte. Da diese Möglichkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit fehlen, war es ein ganz dringendes Gebot der Gerechtigkeit, die Wiederaufnahme in Erbgesundheitssachen in dieser weiten Form zuzulassen, wogegen die Frage der Rechtssicherheit - wie augenfällig - hier ohne jede Bedeutung ist. Auf dieser im Einzelfall anders gelagerten Bewertung von materieller Rechtskraft und Gerechtigkeit beruht die dargelegte Regelung. Da im allgemeinen eine andere Wertung vorzunehmen ist, bleibt eine Analogie zum Erbgesundheitsgesetz ausgeschlossen. Daran ändert nichts, daß nach der VO der brit. Zone ²⁰⁰⁾ die Wiederaufnahme des Verfahrens auch dann noch möglich ist, wenn die Sterilisierung bereits vollzogen worden ist. Die amtliche Begründung ²⁰¹⁾ weist darauf hin, daß die Erfahrungen der Medizin ergeben hätten, daß in vielen Fällen Wiederfruchtbarmachung möglich sei, so daß die Problematik im Wesentlichen nicht viel anders liegt, als vor dem Vollzug.

Auch die Wiederaufnahmemöglichkeit nach dem Verschollenheitsgesetz ist ein

200) vergl. VOBl. der Brit. Zone 1947, 110

201) Zentraljustizblatt für die Brit. Zone 1947 S. 58

Sonderfall, wenn der für tot erklärte Verschollene wieder auftaucht, wo die Gerechtigkeit die Gründe der Rechtssicherheit verstummen läßt.

§ 9

Analogie zur ZPO, Allgemeines

Die Problemstellung, die sich ergibt, wenn Vorschriften einer anderen Verfahrensart in irgendeiner Weise auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen werden sollen, ist die Frage nach Wesen und selbständigem Charakter des FGG und nach dem Ausschließlichkeitsgrad dieses Gesetzes.

Für den Verwaltungsprozeß hat Menger ²⁰²⁾ verlangt, der Richter müsse stets prüfen,

ob eine Gesetzeslücke vorliegt,

ob eine Rechtsnorm einer anderen deutschen Prozeßordnung vorhanden ist,

ob diese Norm nicht dem Wesen des Verwaltungsprozesses widerspricht.

Erst dann könne der Richter selbst Recht schöpfen.

Das erscheint auch der Lage zu entsprechen, die sich nach § 12 FGG anbietet ²⁰³⁾.

Die Fragen Mengers bedeuten für die freiwillige Gerichtsbarkeit folgendes:

Ist das FGG seinem Wesen nach selbständig und in sich geschlossen im Sinne einer Einheitlichkeit der Zwecksetzung und Ausschließlichkeit der gesetzlichen Regelung, und erlaubt die Vielfalt der unter das FGG gestellten Materie überhaupt Selbständigkeit und Ausschließlichkeit des FGG, insbesondere gegenüber der ZPO? Ganz abgesehen von der Frage nach

202) Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes 1954

S. 76

203) Bärmann, AcP 154,377

Sinn und Rechtfertigung der Aufsplitterung des Rechtsschutzes in unterschiedlich ausgestaltete Rechtswege mit unterschiedlichen Verfahrensordnungen ²⁰⁴⁾, ist es doch fraglich, ob Differenzierungen innerhalb eines Rechtsweges in "Fachabteilungen" ²⁰⁵⁾, wie es streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit darstellen, so weitgehend möglich sind und ob für beide Zweige unterschiedliche Verfahrensordnungen Ausschließlichkeitswirkung haben können, vor allem, da auch die Verteilung der einzelnen Materien der echten Parteistreitsachen auf freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß im ganzen betrachtet recht willkürlich erscheint ²⁰⁶⁾.

§ 10

Analogie zur ZPO im echten Parteistreitverfahren.

1) In den letzten Jahren ist die Diskussion über das Verhältnis von freiwilliger Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß stärker denn je in Gang gekommen ²⁰⁷⁾. Das hat seinen guten Grund in der Tatsache, daß die freiwillige Gerichtsbarkeit heute in ganz anderem Licht erscheint als noch vor 50 Jahren, da der eigentliche Kern der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der sogenannte klassische Bereich, gegenüber den nunmehr neu zugewiesenen Materien einigermaßen an Bedeutung verloren hat. Dazu kommt, daß die der freiwilligen Gerichtsbarkeit neu zugewiesenen Materien mit freiwilliger Gerichtsbarkeit im ursprünglichen Sinne nichts oder nicht mehr viel zu tun haben. Es handelt sich um Sachgebiete, die noch im ersten

204) vergl. Baur in JZ 53,326 und JZ 55,303;
Sauer, Allg. Prozeßrechtslehre 1951 Einl. S. VIII;
Menger a.a.O. S. 63;
Schorn in DRiZ 54,41;
Kniesch, MDR 54,5 und NJW 54,1137;
Peters, Lehrbuch des Strafprozesses 1952 S. 16;
Hedemann S. 59

205) Bärmann a.a.O. S. 375

206) Lent, ZP 66,268 (283);

Münzel, NJW 52,724

207) Lent, ZP 66,274;

Baur §§ 1 und 2;

Habscheid, ZP 66,193 und JZ 54,689;

Bärmann, AcP 124,374;

Münzel. ZP 66.340

Entwurf zum BGB der ZPO unterstellt werden sollten und nach ihrem Wesen auch dorthin gehörten. Eine vollständige Zusammenstellung der umgegliederten Materien gibt Bärman²⁰⁸⁾. Auf eine Wiederholung darf deshalb verzichtet werden.

a) Bereits der Versuch, die freiwillige Gerichtsbarkeit umfassend zu definieren, ist gescheitert²⁰⁹⁾. Die drei großen Theorien (Zweck-, Mittel-, Objekttheorie) sind, wie Baur²¹⁰⁾ nachweist, nicht umfassend. Münzel meint²¹¹⁾: "Die freiwillige Gerichtsbarkeit ist staatliche Verwaltung, die wegen ihrer engen Beziehungen zum Privatrecht der Justiz unterstellt ist", und des weiteren, die streitige Gerichtsbarkeit, der Zivilprozeß, habe den Zweck, einmalige, feststellende Entscheidungen über das Bestehen oder Nichtbestehen einer materiellen Rechtslage zu treffen. Damit ist auch nur bestenfalls ein Teil der Sache getroffen. Denn schließlich entscheidet der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit materiell rechtskräftig über den Bestand von Forderungen nach § 6 der 40. DVO/Umsst.G.²¹²⁾ und der Richter des Zivilprozesses fällt den Entmündigungsentscheid. In neuerer Zeit schieben sich rechtsgestaltende Akte der streitigen Gerichtsbarkeit immer mehr in den Vordergrund. Man denke nur in diesem Zusammenhang an die clausula rebus sic stantibus und an § 242 BGB, der immer mehr an Bedeutung gewinnt²¹³⁾. Auch die Erklärung Münzels, es handle sich bei seiner Definition nur um den Kern der Dinge²¹⁴⁾, hilft nicht weiter.

Das Parteistreitverfahren ist ebenso echter, integrierender Bestandteil der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie das Entmündigungsverfahren Bestandteil des Zivilprozesses ist. Es bleibt in der Tat nichts anderes übrig, als festzustellen, daß all die Materien zum Zivilprozeß gehören, die nicht durch das Gesetz der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen

208) Bärman a.a.O. S. 387 - 389

209) Baur a.a.O.;

Bosch, AcP 149,41;

Bärman a.a.O. S. 378

210) Baur a.a.O.

211) Münzel, ZJP 66,340

212) BGH, NJW 52,742

213) vergl. Münzel, ZJP 66,336

214) Münzel, ZJP 66,340

wurden. Dass eine solche, positivistische Feststellung wissenschaftlich völlig nichtssagend ist, steht außer Zweifel.

b) Die tatsächlichen Unterschiede zwischen dem Zivilprozeßrecht und dem FGG hat Bosch ²¹⁵⁾ wesentlich im Folgenden gefunden:

ZP	FG
aa) öffentliche und mündliche Verhandlung	keine Öffentlichkeit, Mündlichkeit meist fakulativ.
bb) keine Tätigkeit des Gerichts ohne Willen der Parteien (eingeschränkt durch § 139 ZPO)	freihere Stellung des Richters, Einengung in antragsgebundenen Verfahren.
cc) Verhandlungsmaxime (Ausnahmen)	Untersuchungsgrundsatz
dd) Wirkung der Entscheidung nur zwischen den Parteien (Ausnahmen)	Wirkung inter omnes
ee) Wirksamkeit mit Eintritt der formellen Rechtskraft (Ausnahme ist die vorläufige Vollstreckbarkeit)	Wirkung mit Bekanntmachung

Aus dieser Gegenüberstellung ist ersichtlich, daß es für den Rechtssuchenden leichter ist, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Erfolg zu kommen als im Zivilprozeß - das gilt für den Rechtsunkundigen -, denn im Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit müssen die Parteien den Prozeß im wahrsten Sinne des Wortes führen. Jede entscheidende Handlung des Gerichts müssen die Parteien beantragen und dem Gericht den gesamten Sach- und Streitstand mit Beweismitteln usw. von sich aus zu Hand geben. Der Untersuchungsgrundsatz des FGG dagegen veranlaßt das Gericht

215) Bosch a.a.O.

von sich aus, die Tatsachen zu erforschen²¹⁶⁾. Es ist nicht das öffentliche Interesse an den Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das zu dieser Ausgestaltung des Verfahrens geführt hat²¹⁷⁾. Wäre das öffentliche Interesse, d. h. die öffentliche Bedeutung für die Zuweisung einer Materie zum Zivilprozeß oder zur freiwilligen Gerichtsbarkeit entscheidend, so müßte gerade das Wirtschaftsrecht nach FGG praktiziert werden und die Landwirtschaftssachen wegen ihrer abfallenden Bedeutung nach der ZPO. Das ist aber gerade nicht der Fall. Deshalb bleibt nur noch ein einziger sachlicher Gesichtspunkt, unter dem die Verteilung einzelner Materien auf Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit vorgenommen werden kann, nämlich das Bestreben, für gewisse Gebiete die Rechtsverfolgung zu erleichtern. Bereits dem Gesetzgeber von 1900 ging es bei der Überführung von Zivilprozeßsachen in die freiwillige Gerichtsbarkeit um diesen Gesichtspunkt. Es ist dabei auch noch zu beachten, daß der Untersuchungsgrundsatz im FGG noch etwas weiter geht als der in den Spezialverfahren der ZPO, z. B. im Eheverfahren. Während im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzlich keine Behauptungslast und Beibringungspflicht besteht, gilt das für den Eheprozeß nur für ehefeindliche Tatsachen. Ehefeindliche Tatsachen müssen die Parteien in vollem Umfang behaupten. Das Gericht stellt insoweit von sich aus keine Untersuchungen an. Das sogenannte öffentliche Interesse an der Richtigkeit, d. h. einer sachlich gerechten Entscheidung spielt für die Zuweisung der Materien keine Rolle.

Die Zuweisung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten an die freiwillige Gerichtsbarkeit beruht auf der reinen Zweckmäßigkeitserwägung, einem gewissen Kreis Rechtssuchender die Verfolgung seiner Ansprüche zu erleichtern. Da man über das rechtspolitische Bedürfnis, die Rechtsverfolgung in einer gewissen Sache zu erleichtern, durchaus geteilter Meinung sein kann, ergibt sich, daß verschiedene Landesgesetzgeber die gleiche Materie oft unterschiedlich eingeordnet haben. Was in einem Bundesland zum Zivilprozeß gehört, ist in anderen Bundesländern den Re-

216) vergl. Bärmann a.a.O. S. 400

217) s. oben § 1 C 1

geln des FGG unterworfen ²¹⁸⁾).

Es ist, wie bereits ausgeführt, nicht möglich, eine begriffliche Abgrenzung zwischen den zum Zivilprozeß gehörigen und den der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterstellten Angelegenheiten zu treffen. Die nach rein rechtspolitischen Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten vorgenommene Zuteilung ²¹⁹⁾ läßt keine Dogmatik erkennen.

Das alles beweist, daß es zwischen den ZP- und den fG-Materien kaum einen sachlichen Unterschied mehr gibt. Der Unterschied liegt vor allem in der Form, nicht aber im Inhalt ²²⁰⁾.

2) Vom Verwaltungsrecht lassen sich die Materien der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch im Wesen klar abgrenzen. Es soll nicht bestritten werden, daß ein Teil der fG-Materien (insbesondere die sogenannten klassischen Gebiete) gewisse Ähnlichkeit zu den Materien des Verwaltungsrechts hat. Allerdings kann man nicht wie Münzel ²²¹⁾ in der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen Teil der staatlichen Verwaltung sehen, der nur wegen seiner engen "Beziehungen" zum Zivilrecht der Zivilgerichtsbarkeit unterstellt sei. Es fehlt bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Gegensatz zum Verwaltungsrecht an der hoheitlichen Zweckrichtung, d. h. es sind nicht Angelegenheiten des Staates, die im Vordergrund stehen, sondern es geht ganz vorwiegend um die Regelung der Belange Privater ²²²⁾. Dem gegenüber vertritt Bettermann ²²³⁾ die Auffassung, die Tätigkeit des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei teils Rechtsprechung, teils Verwaltung, teils streitige, teils nichtstreitige Gerichtsbarkeit und zwar teils Zivil-, teils Verwaltungsgerichtsbarkeit ²²⁴⁾. Es ist zunächst unbestritten, daß das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit teils streitig, teils nichtstreitig ist. Man denke nur an das echte Parteistreitverfahren. Das ändert aber nichts daran, daß jede Tätigkeit des Richters in der

218) vergl. Münzel, NJW 52,724

219) BGHZ 6,254

220) Habscheid S. 87 ff.;

Friedrichs, Streitverfahren 1929 S. 6

221) Münzel, ZZP 66,340

222) vergl. auch Hedemann S. 58

223) Bettermann in Festschrift für Lent S. 17 ff.

224) Bettermann a.a.O.

freiwilligen Gerichtsbarkeit eben Gerichtsbarkeit und somit Rechtsprechung, nicht aber Verwaltungstätigkeit ist. Das folgt zwar nicht daraus, daß der entscheidende Beamte ein Richter ist, denn nicht jede Tätigkeit des Richters ist Rechtsprechung²²⁵⁾, ist aber daran zu erkennen, daß das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen in sich geschlossenen und ausschließlichen Instanzenzug enthält. Wäre die freiwillige Gerichtsbarkeit Verwaltung und somit kein Teil der ordentlichen Gerichtsbarkeit, müßte nach Art. 19 Abs. IV GG Anfechtungsklage zum Verwaltungsgericht möglich sein, mindestens aber eine Überprüfung der Entscheidungen durch die ordentlichen Gerichte. Das behauptet aber nicht einmal Bettermann, da die früheren §§ 22 VGG, 22 MRV, 15, 16 VGG Rheinland-Pfalz, 19 VGG-Berlin, 9, 10 BVerw. GG die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht umfaßten, die auch in § 40 VwGO nicht enthalten sind. Vielmehr sieht er in der weiteren Beschwerde das Gegenstück zur Anfechtungsklage und hält deshalb diesen Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Verwaltungsgerichtsbarkeit²²⁶⁾, so daß sich mit der Einlegung der weiteren Beschwerde die Verwaltungssache in eine Rechtssache verwandle. Diese Konstruktion erscheint unzutreffend. Bettermann muß bei seiner Grundkonzeption freilich diese Konstruktion wählen, um das FGG wenigstens einigermaßen vor der Verfassungswidrigkeit und damit Nichtigkeit zu retten. Andernfalls wäre nach seiner Konzeption nämlich überhaupt kein Rechtsweg entsprechend Art. 19 GG vorhanden. Dennoch bestehen selbst wenn man die Bettermann'sche Auffassung als zutreffend unterstellt, noch erhebliche Zweifel gegen die Verfassungsmäßigkeit dieses Verfahrens, weil es nämlich keinen Tatrichter mehr gäbe. Das OLG ist eindeutig an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen gebunden. Diese Vorinstanzen, Amtsgericht und Landgericht, sollen aber insoweit Verwaltungsbehörden sein. Damit wäre das Gericht (OLG) an die Feststellungen von Verwaltungsbehörden gebunden, ohne daß diese Feststellungen einer Nachprüfung

225) Man denke nur an Justizverwaltungsaufgaben, Hinterlegungsstelle usw.

226) Bettermann a.a.O. S. 42

unterzogen werden können. Das widerspräche aber dem Sinn des Art. 19 Abs. IV GG ²²⁷⁾.

Auch einen Vergleich mit dem Verwaltungsrecht hält Bettermanns These nicht stand. Hier tritt nämlich absolut keine Veränderung des Wesens einer Sache innerhalb des Instanzenzuges ein. Die Tätigkeit der einen Verwaltungsakt erlassenden Ausgangsbehörde ist ebenso Verwaltung, wie die Tätigkeit der Beschwerdebehörde. Mit der nachfolgenden Anfechtungsklage wird ein ganz anderes Verfahren eröffnet und ein anderer (klassisch in Klage-Berufung-Revision dreigeteilter) Instanzenzug erschlossen. Die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte ist ohne Zweifel Rechtsprechung. Dieser Charakter der verwaltungsgerichtlichen Tätigkeit ändert sich weder in der Berufungs- noch in der Revisionsinstanz. Wollte man nun das Verwaltungsgericht, um das Gegenstück zu Bettermanns Konzeption zu gewinnen, als Gericht der weiteren Beschwerde auffassen, so würde das dem Wesen der Sache in keiner Weise gerecht. Im verwaltungsgerichtlichen Rechtszug wird das Verfahren von Anfang an aufgerollt und der angegriffene Verwaltungsakt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht überprüft. Keineswegs ist das Verwaltungsgericht an die tatsächlichen Feststellungen der Ausgangs- oder Beschwerdebehörde gebunden. Das ist aber gerade bei der weiteren Beschwerde des FGG der Fall. Sie kann deshalb allenfalls mit der Revision im Verwaltungsgerichtsverfahren verglichen werden. Dort ändert sich das Wesen der Rechtssache aber auch nicht, es ist und bleibt eine Rechtsprechungssache. Wenn man die Tätigkeit des Amtsgerichts und des Landgerichts in der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Verwaltung ansprechen müßte, so bliebe auch die Beschwerdetätigkeit des Oberlandesgerichts Verwaltung. Dann müßte aber nach Art. 19 IV GG irgendein Rechtsweg eröffnet sein und wäre es der vor dem ordentlichen Zivilgericht. Es bedarf keines Beweises, daß es

227) vergl. hierzu §§ 305 I, 288 RAO, wo eine ähnliche Lage besteht. Die Finanzgerichte haben deshalb die Berufung aus Gründen des Art. 19 GG zugelassen - so FG München, EFG 55,118 und FG Stuttgart, 54,302, so daß jetzt wahlweise die Möglichkeit der direkten Rechtsbeschwerde zum BFH nach § 305 I RAO und die Berufung zum FG mit der weiteren Beschwerdemöglichkeit zum BFH besteht. Auf diese Weise steht dem Rechtsmittelführer jedenfalls eine trichterliche Instanz zu Gebote.

abstrus wäre, die Entscheidungen der Oberlandesgerichte oder des BGH, die im Wege des Vorlagebeschlusses ergangen sind, durch das Amtsgericht oder Verwaltungsgericht nachprüfen zu lassen.

Es ist richtig, daß die Aufgliederung gewisser Materien in freiwillige Gerichtsbarkeit und Verwaltung dogmatisch nicht zu begründen ist. (Man vergleiche nur das Bay. VerwahrungsgG., wo der Verwahrungsbeschluß durch den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit und nicht durch den Verwaltungsrichter erlassen wird, obgleich die Erhaltung der öffentlichen Sicherheit entscheidend ist und die Verwaltungsbehörde die Verwahrungssache vorbehandelt und den Beschluß vollzieht). Daraus ist aber nur zu folgern, daß die Abgrenzung von freiwilliger Gerichtsbarkeit und Verwaltungsrecht nur positivistisch erfolgen kann ²²⁸⁾.

Damit fällt auch der klassische Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit jenseits der Trennungslinie, die zwischen dem Verwaltungs- und Zivilrecht gezogen ist. Natürlich dient jede öffentliche Tätigkeit, auch die Entscheidungen des Zivilprozesses ²²⁹⁾ in irgendeiner Weise den Interessen des Staates und sei es nur insoweit, daß durch die Regelung der Streitigkeiten Privater die öffentliche Ordnung gewährleistet bleibt. Der Unterschied zwischen Verwaltungs- und Zivilrecht liegt aber im wesentlichen gerade darin, daß die Verwaltungstätigkeit primär den Belangen des Staates dient, d. h. in der Durchsetzung spezieller staatlicher (hoheitlicher) Ansprüche gegenüber dem Bürger besteht, während das Zivilrecht, bzw. Zivilprozeßrecht die Belange der Bürger in Bezug auf ihre Beziehungen untereinander in erster Linie im Auge hat, d. h. der Durchsetzung privater Ansprüche dient.

Selbst die klassischen Materien der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören zu diesem letzteren Bereich, von den Materien des Parteistreitverfahrens steht das sowieso außerhalb jeden Zweifels. Auch die Verfahren, die von Amts wegen und nicht auf Antrag eingeleitet werden, die-

228) Schönke, Lehrbuch der ZPO S. 59;

Nikisch S. 46 ff;

Lent, Zivilprozeßrecht Anm. V zu § 3

229) vergl. auch Hedemann a.a.O.

nen nur den wohlverstandenen Interessen der Betroffenen und geben ihnen einen besonderen Schutz, bzw. lassen ihnen eine besondere Fürsorge angedeihen um ihrer Stellung innerhalb der bürgerlichen Gesellschaftsordnung willen, nicht im Interesse obrigkeitlicher Ansprüche.

So kann man festhalten, daß das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit zwar ein Grenzgebiet zwischen Verwaltung und Rechtsprechung ist, aber seiner ganzen Struktur nach doch zur Rechtsprechung (Zivilrechtsprechung im Gegensatz zur Verwaltungsrechtsprechung) gehört. Es ist deshalb kein Raum für die analoge Anwendung verwaltungsrechtlicher Grundsätze. Dazu tritt noch, daß das Verfahren des FGG eben ein richterliches und kein behördliches ist. Allenfalls könnte man Parallelen zum Verwaltungsgerichtsverfahren ziehen. Sie sind aber nur möglich, so weit es um Gemeinsamkeiten geht.

Im Verwaltungsgerichtsverfahren werden aber seinerseits Analogien zur ZPO gezogen, soweit sie nicht den Besonderheiten des Verwaltungsstreitverfahren entgegenstehen. Damit ist aber der Kreis geschlossen. In den Fällen, wo Parallelen von der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Verwaltungsrecht bestehen und somit Analogien zum Verwaltungsgerichtsverfahren gezogen werden könnten, ist aber auch die Brücke von der Verwaltungsgerichtsordnung zur ZPO geschlagen.

3) Verbindungen von freiwilliger Gerichtsbarkeit zum Strafprozeß bestehen nicht. Der Strafprozeß dient so grundlegend anderen Zwecken, daß an eine Analogie zur StPO nicht zu denken ist. Vor allem auch die ganz unterschiedlich ausgestaltete Wiederaufnahme des Verfahrens - nämlich in Wiederaufnahme zu Gunsten und zu Ungunsten des Angeklagten - der StPO ist so ganz andersartig und den ganz speziellen Bedürfnissen des Strafverfahrens zugeschnitten, daß keine entsprechende Anwendung für die freiwillige Gerichtsbarkeit angezeigt sein kann.

Die unvollständige Ausgestaltung des FGG ²³⁰⁾ bedarf ständig der Ausfüllung durch die entsprechende Anwendung anderer Rechtsgedanken und Vorschriften.

230) Schlegelberger Rn 34 zu § 12

Das FGG regelt nur die grundsätzlichen Verfahrenszüge und überläßt die spezielle Ausstattung des Verfahrens dem Richter. Das FGG ist insoweit kaum mehr als ein Rahmengesetz ²³¹⁾ im Gegensatz zur ZPO, die eine sehr weitgehende Verfahrensordnung darstellt. Da die grundsätzliche Verwandtschaft der Materien der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Zivilprozesses festgestellt wurde, bleibt nur die analoge Anwendung der ZPO, wenn es gilt, Lücken zu füllen, die das FGG offen läßt.

Der Bundesgerichtshof hat sich nur sehr vorsichtig geäußert, als er zu erkennen gab, daß es zwar nicht ohne weiteres möglich sei, Lücken im FGG durch analoge Anwendung der ZPO zu schließen, daß es aber in besonderen Fällen zulässig sei, insbesondere aber im sogenannten echten Streitverfahren ²³²⁾ und wenn es sich um allgemeine Rechtssätze handelt, die in der ZPO ihren Niederschlag gefunden haben ²³³⁾. Wenn man jedoch die Entscheidungen des BGH ²³⁴⁾ untersucht, stellt man fest, daß der BGH an den "besonderen Fall" gar keine besonderen Ansprüche stellt, ja daß im echten Parteistreitverfahren die Analogie zur ZPO sogar durchgängig zulässig ist.

a) Folgende Analogien zur ZPO sind in Literatur und Rechtsprechung für zulässig erklärt worden ²³⁵⁾:

aa) Schiedsvertrag in der freiwilligen Gerichtsbarkeit zulässig ²³⁶⁾.

231) BGHZ 6,257

232) BGH a.a.O.

233) BGHZ 14,184

234) BGHZ 6,248, 14,179;

BGH, NJW 53,1587, 54,1407;

BGH, MDR 52,419, 53,669;

BGH, RdL 52,321;

BGH, JZ 53,759;

Keidel, Anm. 1 vor § 8 und JZ 53,272

235) vergl. dazu auch Habscheid, RpfL. 57,288 (290)

236) BGHZ 6,248;

Habscheid, ZZP 66,188;

Keidel, JZ 54,232

- bb) Anspruch auf rechtliches Gehör, der verfassungsrechtlich bereits gesichert ist ²³⁷⁾.
 - cc) Recht auf mündliche Verhandlung ²³⁸⁾.
 - dd) Vergleichsmöglichkeiten in gewissem Rahmen ²³⁹⁾.
 - ee) Beweispflicht; dem Antragsteller obliegt im Erbscheinsverfahren die Pflicht, sein Erbrecht zu beweisen. Allerdings trifft ihn keine Beweislast im Sinne der ZPO ²⁴⁰⁾, insofern liegt keine Analogie zur ZPO vor.
 - ff) Nachweis des Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers ²⁴¹⁾.
 - gg) Feststellungsentscheidungen analog § 256 ZPO ²⁴²⁾.
 - hh) Analogie zu § 265 ZPO ²⁴³⁾.
 - ii) Analogie zu § 304 ZPO ²⁴⁴⁾.
 - kk) Analogie zu § 276 ZPO ²⁴⁵⁾.
-

237) BGH, NJW 53,1587;

Bay. ObLGZ 52 Nr. 83;

OLG Hamm, DNotZ 50,210;

Baur § 19 und AcP 153,393;

Müller, NJW 53,1659;

Potrykus, NJW 53,1746

Da es sich um einen Verfassungsgrundsatz handelt, wäre gar keine Analogie zur ZPO nötig.

238) vergl. dazu Keidel Anm. 3 vor § 8 mit weiteren Literaturnachweisen. Danach hat das Gericht mündliche Verhandlung anzuordnen, wenn sich das aus Sondervorschriften ergibt oder wenn das Gericht es für zweckmäßig erachtet. Grundsätze über Art und Umfang des Ermessens sind noch nicht zusammengestellt worden. Vergl. für die Finanzgerichtsbarkeit BFH, JZ 54,300.

239) Müller, JZ 54,17

240) Bay. ObLGZ 53 Nr. 25

241) BGH, MDR 52,419 und 53,669

242) BGH, MDR 52,736 und Keidel in JZ 53,273

243) BGH, RdL 52,321;

OLG, Freiburg, RdL 50,168

244) Keidel, JZ 53,273 mit Rechtsprechungsnachweisen.

245) BGH, JZ 53,759 mit zustimmender Anmerkung von Keidel.

ll) Beeidigung Beteiligter im klassischen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zulässig, im Parteistreitverfahren jedoch analoge Anwendung der ZPO ²⁴⁶⁾.

mm) Analogie zu § 110 ff. ZPO ²⁴⁷⁾.

nn) Analogie zu § 304 ZPO ²⁴⁸⁾.

Dem gegenüber gibt es in letzterer Zeit kaum veröffentlichte Entscheidungen deutscher Obergerichte, in denen zum Ausdruck käme, daß die Vorschriften der ZPO nicht analog im Verfahren nach dem FGG angewandt werden könnten ²⁴⁹⁾. Hiervon weicht der britische Board of Review ab und erklärt die analoge Anwendung der ZPO für das Rückerstattungsverfahren in der Britischen Zone für ausgeschlossen ²⁵⁰⁾. Man wird hierbei jedoch zu beachten haben, daß es sich bei vorerwähntem Board nicht um ein deutsches Gericht, sondern um einen Kassationsgerichtshof der damaligen Besatzungsmacht handelte, der auch ausschließlich mit Richtern dieser Besatzungsmacht besetzt war. Ferner muß auch beachtet werden, daß es sich bei der fraglichen Materie um Dinge handelte, an denen die Siegermächte größtes Interesse hatten, da es sich ja zum guten Teil auf die Ansprüche ihrer Staatsangehörigen bezog und man selbstverständlich den eigenen Interessen ein Höchstmaß an Schutz und Fürsorge angedeihen lassen wollte. Vor allem sollte wohl auch vermieden werden, daß durch entsprechende und analoge Anwendung der ZPO durch die deutschen Gerichte der Sinn und Zweck der Rückerstattungsgesetze verfälscht werden könnte. Insofern kann einer engherzigen Behandlung vorliegender Frage durch den britischen Board of Review keine allgemeine und erst recht keine wissenschaftliche Bedeutung beigemessen werden. Der fraglichen Entscheidung liegen weniger rechtliche als vielmehr Zweckmäßigkeitserwägungen zu Grunde. Des weite-

246) BGHST 5,112;

Habscheid, JZ 54,691;

Keidel, JZ 54,564

247) OLG Celle in MDR 56,618

248) BGH, MDR 56,404

249) vergl. aber OLG Düsseldorf in RzW 56,170 und BGH in NJW 56,1320

250) Board of Review, RzW 51,51

ren hat der BGH ²⁵¹⁾ die analoge Anwendung von § 515 III ZPO abgelehnt. Dieser Vorschrift kommt praktisch nur kostenrechtliche Bedeutung zu. Das OLG Düsseldorf ²⁵²⁾ verneint die analoge Anwendung von § 308 I ZPO auf die freiwillige Gerichtsbarkeit im Hinblick auf die Spezialregelung im § 12 FGG.

b) Wenn man bedenkt, daß die Zuweisung der echten Parteistreitsachen an die freiwillige Gerichtsbarkeit erfolgte, um die Rechtsverfolgung zu erleichtern, so findet man diese Tatsache als Tendenz der vorerwähnten Rechtsprechung insoweit bestätigt, als stets solche Analogien gezogen wurden, die dem Zweck der Zuweisung - Erleichterung der Rechtsverfolgung - unberührt lassen bzw. nicht beeinträchtigen. Alle für zulässig erklärten Analogien bringen den Parteien, bzw. den Betroffenen tatsächlich nur Vorteile, d. h. sie erweitern ihre rechtlichen Möglichkeiten und geben ihnen eine prozessuale Stellung, die ihren widerstreitenden Interessen gerecht wird.

Da des weiteren, wie erwähnt, die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des FGG unvollständig ist, müssen ständig Analogien gezogen werden, um eine geordnete Durchführung des Verfahrens zu gewährleisten ²⁵³⁾. Von einer Ausschließlichkeit der Verfahrensregelung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann deshalb keine Rede sein ²⁵⁴⁾. Die echten Parteistreitverfahren gehören ihrem Wesen nach zu den Materien des Zivilprozesses ²⁵⁵⁾. Es liegt deshalb der Schluß nahe, daß die Regeln der ZPO kraft Natur der Sache Anwendung finden müssen, soweit nicht ausdrücklich das FGG einen abweichenden Modus aufstellt. Eine grundsätzliche Vorschrift im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, aus der zu entnehmen wäre, daß die Vorschriften der ZPO unanwendbar sind, gibt es nicht. Man müßte deshalb die ZPO - zumindest für das Parteistreitverfahren - stets dann analog anwenden, wenn im FGG - und Nebengesetzen - nicht eine spezielle Ausgestaltung des Verfahrens getroffen ist, bzw. soweit es

251) BGH in NJW 56,1320

252) OLG Düsseldorf in RzW 56,170

253) Habscheid, ZZP 66,188;

Peters, MDR 52,141

254) Keidel, Vorbem. 1 vor § 6;

Müller, ZZP 67,8

255) vergl. auch § 9

nicht dieser Ausgestaltung widerspricht.

Wenn Schlegelberger meint ²⁵⁶⁾, Regeln der ZPO dürfen immer nur dann angewandt werden, wenn es ausdrücklich vorgeschrieben ist, so hat sein Umkehrschluß allerdings ein stichhaltiges Argument für sich. Die gesetzgeberische Technik geht in den neueren Gesetzen in der Tat dahin, die entsprechende Anwendbarkeit der ZPO ausdrücklich anzuordnen ²⁵⁷⁾, ferner ist sogar an einigen Stellen des FGG selbst auf die ZPO verwiesen ²⁵⁸⁾. Danach liegt der Gedanke an einen Umkehrschluß sehr nahe, denn es scheint nicht einzusehen zu sein, weshalb der Gesetzgeber die Anwendung an sechs Stellen des FGG anordnete, wenn das FGG sowieso generell die Analogie zur ZPO duldete. Dieses Argument, so bestechend und logisch zwingend es auch scheinen mag, überzeugt dennoch nicht. Man darf doch nicht übersehen, daß bei Schaffung des FGG das Parteistreitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit unbekannt war und der Gesetzgeber nicht voraussehen konnte, daß es so etwas dereinst geben würde. Es kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, das Parteistreitverfahren in Regeln einzuengen, die offensichtlich zu eng geworden sind. So kommt Peters ²⁵⁹⁾ zu dem Ergebnis, daß die Anwendung der ZPO nicht deshalb ausgeschlossen werden darf, weil sie nicht ausdrücklich angeordnet ist. Das Parteistreitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten jedoch nicht nur verwandt, wie Peters meint ²⁶⁰⁾ sondern sogar wesensgleich ²⁶¹⁾. Daraus folgt, daß die ZPO kraft Natur der Sache anzuwenden ist, wenn sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Als ausdrückliche Ausschließung ist es ebenfalls anzusehen, wenn durch die Anwendung der ZPO Verfahrensgrundsätze der freiwilligen Gerichtsbarkeit derogiert würden. Eine Analogie kann selbstverständlich nur dann in Betracht kommen, wenn das Gesetz schweigt und der zur Beurteilung stehende Fall eben nicht gelöst ist. So kann man z. B. auch im echten Parteistreitverfahren nicht von einer Beweislast im Sinne einer Beweisfähigkeit sprechen mit der Folge, daß bei Mißlingen der Beweis-

256) Schlegelberger, Rn 3 vor § 1 (6. Aufl.)-vergl. FN 272

257) §§ 153, 173 VwGO

258) §§ 3, 14, 15, 16, 27, 83 FGG

259) Peters a.a.O.

260) Peters a.a.O.

261) vergl. auch § 9

führung das Gegenteil gelte, denn dadurch würde der Untersuchungsgrundsatz eingeengt werden und der Zweck der Zuweisung der betreffenden Materie an die freiwillige Gerichtsbarkeit - die Erleichterung der Rechtsverfolgung - in Frage gestellt werden. Eine in diesem Sinne verstandene Analogiebildung ist heute auch der Inhalt der Rechtsprechung²⁶²⁾.

§ 11

Analogie zur ZPO im klassischen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Wenn die ZPO im echten Parteistreitverfahren kraft Natur der Sache Anwendung finden muß, so liegen die Dinge im klassischen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit anders. Die in Frage kommenden Sachmaterien unterscheiden sich von den Materien, die dem Zivilprozeßrecht unterstehen, doch in gewisser Hinsicht, obgleich es sich auch um zivilrechtliche Angelegenheiten handelt. Es geht zwar zu weit, die Tätigkeit des Richters in diesem Bereich als Verwaltungsfunktion zu bezeichnen²⁶³⁾, denn die weisungsfreie und unabhängige Stellung der Gerichte spricht dagegen²⁶⁴⁾. Es ist aber nicht zu verkennen, daß die richterliche Tätigkeit hier nicht in der typischen Art der Zivilrechtsprechung besteht, sondern fürsorgend, rechtsgestaltend und auch organisatorisch ordnend ist. Das ist das Gegenteil vom streitigen Charakter des Zivilprozesses. Man darf jedoch nicht übersehen, daß auch der Richter im Zivilprozeß in ähnlicher Weise tätig wird. Weitere Tätigkeitsbereiche der Zivilgerichtsbarkeit liegen in der gleichen Richtung. Es sei hier nur auf die richterliche Tätigkeit in der Zwangsvollstreckung verwiesen, die auch keine typische Zivilrechtsprechung ist, sondern den gleichen verwaltungsähnlichen Charakter hat²⁶⁵⁾.

262) vergl. u. a. BGHZ 6,257 und 14,184

263) So Münzel in ZJP 66,340 und Bettermann in Festschrift für Lent Seite 17 ff., dagegen Bärman a.a.O. S. 413

264) vergl. § 10

265) vergl. Münzel, ZJP 66,334 ff. mit Beispielen

Es gibt somit auch in der ZPO Gebiete, die gleichartige Materien regeln wie das FGG. Deshalb kann man auch hier eine gewisse Verwandtschaft zwischen den Materien des Zivilprozesses und jenen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in ihrem klassischen Bereich erkennen. Das echte Parteistreitverfahren deckt sich völlig mit den Rechtsgebieten, die zum Zivilprozeß gehören, und im klassischen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit lassen sich starke Parallelen zu gewissen Teilen der ZPO finden. Man denke nur an den Untersuchungsgrundsatz in den Statusprozessen und an das Entmündigungsverfahren. Aus dieser Verwandtschaft und aus in den §§ 2 und 10 angestellten grundsätzlichen Erwägungen drängt sich auch für den klassischen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Analogiemöglichkeit zur ZPO auf. Es ist schließlich eine rein praktische Frage, was der Richter tun soll, wenn das FGG schweigt. Er muß irgendwoher die Lösung aus einer verfahrensrechtlichen Sackgasse finden. Es ist hier doch durchaus naheliegend, auf die ZPO zurückzugreifen. Eine Analogie ist, wie bereits angedeutet, grundsätzlich zunächst der eigenen Rechtschöpfung vorzuziehen. Bei einer Analogie wird immerhin noch eine Regelung des Gesetzgebers herangezogen, wenn auch eine Regelung, die für einen anderen Fall gedacht war, während bei einer Rechtschöpfung des Richters recht unterschiedliche und schwer kontrollierbare und koordinierbare Gedankengänge Eingang in die Rechtsprechung finden können. Wenn somit grundsätzlich zunächst eine Analogie zu suchen ist, so bleibt zwangsläufig nur noch die ZPO übrig. Ganz abgesehen davon, daß die Anwendung des Verwaltungsverfahrens für die freiwillige Gerichtsbarkeit, die eindeutig zum Zivilrecht gehört, etwas abseits liegt, nimmt die Verwaltungsgerichtsordnung in der hier interessierenden Frage der Wiederaufnahme des Verfahrens ebenfalls auf die ZPO Bezug.

§ 12

Analogie zu den §§ 578 ff. ZPO

1) Nachdem feststeht, daß ein echtes Bedürfnis für die Wiederaufnahme des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht und in vielen Fällen keine Möglichkeit vorhanden ist, anderweitig irgendwie abzu-
helfen, liegt es nahe, die §§ 578 ff. ZPO analog im Verfahren nach dem

FGG anzuwenden.

Für das echte Parteistreitverfahren finden die Regeln der ZPO kraft Natur der Sache sowieso Anwendung, soweit eine abweichende Regelung im FGG fehlt. Über die Wiederaufnahme des Verfahrens schweigt sich das FGG aus. Es bestehen keine Bedenken, die Wiederaufnahme des Verfahrens durch Analogie zur ZPO zuzulassen²⁶⁶⁾. Es ist undenkbar, daß durch die Umgliederung gewisser Materien vom Zivilprozeß zur freiwilligen Gerichtsbarkeit die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens weggefallen sein sollte. Wenn man noch bedenkt, daß der Gesetzgeber durch die Zuständigkeitsänderung die Rechtsverfolgung erleichtern wollte, mutet es um so grotesker an, wenn diese offensichtliche Rechtswohlthat in einen Rechtsnachteil verwandelt wird²⁶⁷⁾. Dazu tritt noch, daß gewisse Sachgebiete infolge landesrechtlicher Regelung in manchen Bundesländern zum Zivilprozeß gehören, während sie in anderen unter dem FGG stehen. Das führte zu dem Ergebnis, daß in einem Bundesland die Wiederaufnahme zulässig wäre und in anderen nicht²⁶⁸⁾.

Diese Tatsachen hat das OLG Kiel verkannt, wenn es die Wiederaufnahme des Verfahrens in Hausratsachen ablehnte²⁶⁹⁾. Dem Versuch des OLG, bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Wiederaufnahme im Zivilprozeß, die Abänderung wegen veränderten Umständen zuzulassen, kann nicht gefolgt werden²⁷⁰⁾. Eine Abänderung wegen veränderter Umstände ist, wie ausgeführt, begrifflich nur dann möglich, wenn tatsächlich neue Umstände eingetreten sind, nicht aber bereits, wenn alte Tatsachen dem Gericht neu bekannt werden. Das OLG Kiel läßt nicht klar erkennen, ob damit grundsätzlich die Wiederaufnahme im Bereich der Hausratssachen abgelehnt werden sollte, oder aber ob man nur der Auffassung ist, daß stets dann die

266) Baur § 32 II;

Lent § 19 II 11;

Keidel, JZ 53, 273;

Müller, DNotZ 53, 184 (190);

OLG Hamm, DNotZ 53, 201;

OLG Neustadt, MDR 56, 238;

OLG Celle, NJW 55, 1800;

LG Göttingen, Mds. Rpfl. 56, 56;

a.A.: Jansen, Anm. 12 zu § 18

267) Müller, DNotZ 53, 190 mit Beispielen; so auch Hümmer S. 207

268) Münzel, NJW 52, 724 mit Beispielen

269) OLG Kiel, Schl.H.Anz. 49, 269

270) Müller a.a.O.

Wiederaufnahme ausscheiden muß, wenn wegen veränderter Umstände abgeändert werden kann. Selbst wenn die letztere Auffassung vertreten worden sein sollte, kann sie nicht gebilligt werden. Die Abänderung wegen veränderter Umstände ist ihrem Wesen nach keine Änderungsvorschrift, wie etwa § 18 FGG, d. h. die materielle Rechtskraft wird dadurch nicht suspendiert. Auch § 323 ZPO nimmt keinen Einfluß auf die materielle Rechtskraft der ursprünglichen Entscheidung und beseitigt so nicht etwa die materielle Rechtskraft eines Unterhaltsurteils. Diese Vorschrift erlaubt lediglich trotz rechtskräftiger Entscheidung bei wesentlicher Änderung der Sachlage eine neue Entscheidung für die Zukunft, wodurch das Verhältnis in der Vergangenheit nicht berührt wird. Ebenso wenig beeinflusst die Möglichkeit der Abänderung wegen veränderter Umstände die materielle Rechtskraft der ursprünglichen Entscheidung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Selbst wenn nun ein Fall nachträglicher Veränderung der Entscheidungsgrundlage vorläge, der gleichzeitig ein Wiederaufnahmegrund im Sinne der ZPO ist, kann die Wiederaufnahme nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil eine anderweitige Beseitigung der rechtskräftigen Entscheidung möglich wäre. Ganz abgesehen von der Tatsache, daß die Änderung wegen neuer Tatsachen nur ex nunc wirkt, wohingegen die Wiederaufnahme des Verfahrens rückwirkend Beseitigung schafft, stehen die beiden Möglichkeiten völlig gleichberechtigt und gleichbedeutend gegenüber, so daß man nicht die eine Möglichkeit ablehnen kann, weil die andere bestünde. Des gleichen könnte man sonst genau entgegengesetzt dem OLG Kiel die nachträgliche Änderung verneinen, weil eine Wiederaufnahmemöglichkeit besteht. Der Auffassung des OLG Kiel kann aus diesem Grunde nicht gefolgt werden.

Zum ersten Mal in der deutschen Rechtsprechung wurde die Frage der Wiederaufnahme des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom obersten Fideikommissgericht in der Entscheidung vom 28.7.1937²⁷¹⁾ aufgeworfen. Leider konnte die Entscheidung der theoretischen Frage dahingestellt bleiben, da es in tatsächlicher Hinsicht am Wiederaufnahmegrund fehlte. Das

271) DJ 37,1395

Fideikommissgericht hat aber bereits die Frage nach der materiellen Rechtskraft für die Feststellungsentscheidungen nach § 267 Zwangsauflösungsgesetz (ZwAG) positiv beantwortet und scheint der Wiederaufnahme ebenso gegenüberzustehen. Das Gesetz selbst schweigt über die Rechtskraft ebenso wie über die Wiederaufnahme des Verfahrens. Das Fideikommissgericht hat jedoch ausdrücklich den Zusammenhang zwischen materieller Rechtskraft und der Wiederaufnahme des Verfahrens herausgestellt ²⁷²⁾.

Es hat gefolgert, daß das Schweigen des Gesetzgebers hinsichtlich der Wiederaufnahme ebensowenig wie in der Frage der materiellen Rechtskraft ausschlaggebend sein kann. So wurde bereits damals die Schlüssigkeit des entscheidendsten Arguments gegen die Analogie zu den §§ 578 ff. ZPO - da im FGG gewisse Analogien zur ZPO ausdrücklich angeordnet seien, sind weitere infolge Umkehrschlusses unzulässig ²⁷³⁾ - in Zweifel gezogen.

Hält man das vorerwähnte Gegenargument nicht für überzeugend, so steht der Wiederaufnahme des Verfahrens im Bereich der gesamten freiwilligen Gerichtsbarkeit nichts mehr entgegen.

Nachdem im echten Parteistreitverfahren die materielle Rechtskraft sowie so beinahe einhellig bejaht wird, ist es eigentlich selbstverständlich, daß sie hier nicht stärker sein kann, als im Zivilprozeß auch. Das oberste Fideikommissgericht hat die beiden kritischen Fragen - materielle Rechtskraft und Zulässigkeit der Analogie zur ZPO - positiv entschieden und sich damit auch im Ergebnis für die Zulässigkeit der Wiederaufnahme ausgesprochen, wenn diese letztere Frage auch im konkreten Fall keiner ausdrücklichen Entscheidung bedurfte.

Einige weitere Entscheidungen zur Wiederaufnahme des Verfahrens in Parteistreitsachen stammen von den Oberlandesgerichten Hamm ²⁷⁴⁾, Karlsruhe ²⁷⁵⁾

272) a.a.O. S. 1396

273) vergl. Schlegelberger, Rn. 3 vor § 1 (6. Aufl.);
in der 7. Aufl. vertritt Schlegelberger einen etwas großzügigen Standpunkt: "Auf Bestimmungen der ZPO darf nur zurückgegriffen werden, soweit das FGG ihrer ergänzenden Anwendung Raum läßt".

274) OLG Hamm, RzW 52,185

275) OLG Karlsruhe, RzW 56,351

und Köln ²⁷⁶⁾ und betreffen das Rückerstattungsgesetz (REG).

Diese Oberlandesgerichte lehnen im Gegensatz zur neuesten veröffentlichten Entscheidung auf diesem Gebiet, nämlich der des OLG Celle ²⁷⁷⁾ die entsprechende Anwendung der §§ 578 ff. ZPO auf das Rückerstattungsverfahren ab. Diese Entscheidungen sind unter keinem Gesichtspunkt ihrer Begründung haltbar. Zum ersten gehen die Oberlandesgerichte davon aus, daß es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Wiederaufnahme des Verfahrens gäbe und da Art. 59 Abs. II REG die entsprechende Anwendung des FGG anordne, sei auch für das Rückerstattungsverfahren die Wiederaufnahme ausgeschlossen. Leider hat sich keines der drei Oberlandesgerichte näher zu dieser Prämisse geäußert und sie begründet. Es steht keineswegs fest, daß es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Analogiemöglichkeit zu den §§ 578 ZPO gibt, vielmehr scheint das Gegenteil richtig zu sein. Das OLG Celle ²⁷⁸⁾ hat im Gegensatz zu den drei anderen OLG's gerade diese Prämisse gründlich untersucht und festgestellt, daß sie unzutreffend ist. Demzufolge läßt es die Wiederaufnahme auch in Rückerstattungssachen zu. Zum zweiten verneinen die OLG'e Hamm, Karlsruhe und Köln das Rechtsschutzbedürfnis für die Wiederaufnahme, weil Art. 61 REG die Kassationsmöglichkeit vorsehe. Es ist zwar richtig und muß zugestanden werden, daß die Fragen nach dem Bedürfnis nach Wiederaufnahme des Verfahrens entscheidend für die Frage nach einer Analogie zur ZPO sind, denn ohne ein echtes Bedürfnis ist kein Anlaß, eine Analogie zu ziehen. Jedoch hat das OLG Köln insbesondere ²⁷⁹⁾ die beiden folgenden Gesichtspunkte übersehen. Wenn nämlich grundsätzlich für einen Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Bedürfnis nach entsprechender Anwendung der Wiederaufnahmevorschriften der ZPO besteht und der analogen Anwendung dieser Vorschriften nichts im FGG im Wege steht, gilt das Institut der Wiederaufnahme grundsätzlich für alle unter die Regeln des FGG gestellten

276) OLG Köln, RzW 57,11

277) OLG Celle, RzW 57,74

278) OLG Celle a.a.O.

279) OLG Köln a.a.O.

Materien, somit auch für das REG. Es kommt also nicht darauf an, ob in einem speziellen Fall ein Bedürfnis nach Wiederaufnahme besteht, sondern einzig und allein darauf, ob generell in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Bedürfnis nach Wiederaufnahme besteht. Zu dieser Frage haben sich die drei Oberlandesgerichte nicht geäußert. Sie ist aber zu bejahen, wie bereits oben nachgewiesen wurde. Wenn somit eine Wiederaufnahme im FGG durch analoge Anwendung der ZPO geschaffen ist, so liegt dann ein generelles Rechtsinstitut vor, das sich auf den Gesamtbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit erstreckt, ohne Rücksicht auf ein spezielles Bedürfnis. Eine Ausnahme machen freilich die Materien, die bereits eigene und zwar weitergehende Wiederaufnahmevorschriften enthalten. Die Kassation des Art. 61 REG ist keine Wiederaufnahmevorschrift, die weiter als die Regeln der ZPO geht, so daß neben der Kassation auch noch die Wiederaufnahme gegeben sein muß. Dazu tritt noch, daß die Kassationsmöglichkeit des Art. 61 REG zeitlich sehr eng begrenzt ist und vor allem, daß diese Kassation kein Rechtsbehelf ist, da keine der Parteien einen Anspruch auf Kassation hat, wie das OLG Köln selbst zugesteht²⁸⁰⁾. Die dritte und letzte Begründung für den Standpunkt der drei vorerwähnten Oberlandesgerichte gibt das OLG Köln²⁸¹⁾. Sie geht dahin, daß das REG ein neues Gesetz sei und daß deshalb der Gesetzgeber wohl die Möglichkeit gehabt habe, eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu schaffen oder die Regeln der ZPO im REG für anwendbar zu erklären. Das OLG übersieht dabei, daß die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des REG nicht vollständig und umfassend ist, so daß das REG keineswegs Anspruch auf Ausschließlichkeit erheben kann. Der Gesetzgeber hat bewußt auf die Regeln des FGG verwiesen und brauchte deshalb keine allgemeinen Regeln im REG aufzustellen. Für so grundsätzliche Rechtsinstitute wie die Wiederaufnahme war eine spezielle Regelung nicht vonnöten. Die Frage der Zulässigkeit einer Analogie zur Wiederaufnahme der ZPO kann deshalb nicht damit geleugnet werden, daß das REG ein neues Gesetz wäre und der Gesetzge-

280) OLG Köln a.a.O.

281) OLG Köln a.a.O.

ber bewußt keine Wiederaufnahmeregeln geschaffen habe. Vielmehr kommt es hierbei auf das FGG an. Dieses ist aber ein altes Gesetz und das Schweigen des Gesetzgebers erfolgte nicht bewußt, um die Wiederaufnahme auszuschließen, vielmehr hatte der Gesetzgeber damals die heutige Rechtsentwicklung einfach nicht voll vorausgesehen.

Des weiteren scheinen die OLG'e die materielle Rechtskraft der Entscheidungen in Rückerstattungssachen zu bejahen. Ihr Standpunkt erscheint deshalb um so unverständlicher, da eine Rechtskraft ohne Korrektur der Wiederaufnahme des Verfahrens gänzlich untragbar erscheint (282).

In einer späteren Entscheidung hat sich gerade das OLG Hamm²⁸³⁾ dafür ausgesprochen, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens grundsätzlich zulässig sei, soweit materielle Rechtskraft bestehe. Es hat sich damit auf den einzig zutreffenden Standpunkt gestellt und dargelegt, daß die materielle Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch nicht stärker und starrer als im Zivilprozeß sein kann und darf. Eine Durchbrechung der Rechtskraft durch die Wiederaufnahme des Verfahrens muß daher, wie das OLG an gleicher Stelle ausführt, auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegeben sein. Wenn man schon den Begriff der materiellen Rechtskraft aus dem Zivilprozeß übernehme, müsse man auch im Anschluß daran, die mit dem Institut der materiellen Rechtskraft verknüpfte Wiederaufnahme des Verfahrens mitübernehmen. Dem Ergebnis des OLG Hamm ist völlig zuzustimmen²⁸⁴⁾. In der Begründung darf ergänzt werden, daß alle

282) vergl. Burkhardt Anm. zur Entsch. des OLG Hamm in RzW 52,185 ff., der sich ebenso wie die Vorinstanz, die Wiedergutmachungskammer Dortmund für die Wiederaufnahme ausspricht.

283) OLG Hamm, DNotZ 53,201

284) Baur § 32 I;

Keidel, JZ 53,273;

Lent S. 68 f.;

Münzel, NJW 52,724 vergl. aber auch in ZZP 66,370;

Müller, DNotZ 53,191;

OLG Neustadt, MDR 56,238 zur Frage der Wiederaufnahme bei Todeserklärungen;

OLG Celle a.a.O.

Vorschriften der ZPO somit also auch die §§ 578 ff. ZPO, auf das echte Parteistreitverfahren Anwendung finden müssen, soweit nicht im FGG ausdrücklich etwas anderes angeordnet ist und der Zweck der Zuweisung echter Streitsachen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit - die Erleichterung der Rechtsverfolgung - nicht in Frage gestellt wird. Das ergibt sich, wie bereits dargelegt, aus der Tatsache, daß das FGG keinen Anspruch erheben kann, ein selbständiges, in sich geschlossenes und abgeschlossenes Verfahrenssystem zu sein; es ist, wie man sagt ²⁸⁵⁾, nicht viel mehr als ein Rahmengesetz. Das Verfahren muß, soweit das FGG schweigt, nach Gesichtspunkten geführt werden, die aus anderen Gesetzen zu entnehmen sind oder nach dem freien Ermessen des Richters gestaltet werden ²⁸⁶⁾. Für das Parteistreitverfahren ergibt sich ganz klar, daß die Vorschriftenengruppe, nach der beim Schweigen des FGG gearbeitet werden muß, die ZPO ist. Denn dieser Verfahrensordnung gehören die fraglichen Materien ihrem Wesen nach an, und die ZPO enthält die ihnen adäquaten Verfahrensregeln. So meint Bärmann ²⁸⁷⁾, aus der Tatsache, daß das FGG gewisse Analogien zur ZPO vorschreibt, kann zumindest für das echte Parteistreitverfahren kein Umkehrschluß des Inhalts gezogen werden, daß andere Analogien unzulässig seien, weil das Parteistreitverfahren gegenüber dem klassischen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Sonderstellung einnähme. Tatsächlich werden gerade im Parteistreitverfahren ständig die verschiedenartigsten Analogien zur ZPO gezogen, ohne daß der fragliche Umkehrschluß gezogen wird. Es wäre unerfindlich, wieso gerade bei der analogen Anwendung der Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens Bedenken auftreten sollen. Aus diesem Grund ist auch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Düsseldorf ²⁸⁸⁾, München ²⁸⁹⁾, des Kammergerichts ²⁹⁰⁾ und die ältere Auffassung des OLG Celle ²⁹¹⁾ zur Frage der Wiederaufnahme im Verfahren nach dem Wertpapierbereinigungsgesetz vom 19.8.1949 nicht

285) BGHZ 6,257

286) vergl. auch Menger S. 76 ff.

287) Bärmann a.a.O.;

ebenso Habscheid a.a.O.

288) OLG Düsseldorf, WM IV B 51,476

289) OLG München, WM IV B 52,288

290) KG in WM IV B 53,793

291) OLG Celle, WM IV B 52,537

verständlich. Das OLG Celle allerdings scheint, seinem Grundsatzurteil von 1956 nach zu schließen ²⁹²⁾, seinen Standpunkt revidiert zu haben.

Wenn das OLG Hamm meinte ²⁹³⁾, Rechtsmittel der ZPO können nicht auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen werden, dann ist dagegen nichts einzuwenden; es gilt jedoch nur für R e c h t s - m i t t e l, denn diese sind im FGG erschöpfend und abschließend geregelt, so daß gar kein Anlaß für eine Analogie zur ZPO besteht, außerordentliche R e c h t s b e h e l f e, wie die Wiederaufnahme des Verfahrens werden jedoch davon nicht betroffen. Das Argument, daß vom OLG Hamm vorgebracht wurde, ist deshalb nicht stichhaltig. Es ist etwas anderes, wenn man ordentliche Rechtsmittel völlig überflüssigerweise übertragen wollte - daran denkt übrigens niemand - oder wenn ein außerordentlicher Rechtsbehelf übertragen werden soll, wofür ein echtes Bedürfnis besteht und wozu das FGG schweigt, im Gegensatz zur Übertragung der ordentlichen Rechtsmittel. Die erschöpfende Regelung des Rechtsmittelweges im FGG schließt jede Voraussetzung für eine analoge Rechtsmittelanwendung aus.

Die Wiederaufnahme des Verfahrens stammt im Zivilprozeß nicht von ungefähr. Sie dient dem wohlgedachten Zweck, die Starre der Rechtskraft unter bestimmten Voraussetzungen zu lockern. Deshalb steht die Wiederaufnahme in unlösbarem Zusammenhang mit der Rechtskraft. Es kann somit kaum noch ernsthaft in Zweifel gezogen werden, daß auch die Rechtskraft der Entscheidungen im Parteistreitverfahren durch die Wiederaufnahmemöglichkeit aufgelockert ist.

2) Ob auch im übrigen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig ist, erscheint in Literatur und Rechtsprechung auch heute noch nicht so klar und eindeutig wie im Parteistreitverfahren.

292) OLG Celle, RzW 57,74

293) RzW 52,186

Es scheint zunächst, als ob das Schweigen des Gesetzgebers zu dieser Frage tatsächlich die Bedeutung haben sollte, die Wiederaufnahme sei nicht gewollt. Denn in der Tat waren dem Gesetzgeber des FGG die Probleme des klassischen Bereichs der freiwilligen Gerichtsbarkeit bekannt und er hätte es ohne weiteres in der Hand gehabt, die entsprechende Anwendung der §§ 578 ff. ZPO anzuordnen. Dem steht jedoch entgegen, daß sich mittlerweile ein wirkliches Bedürfnis für eine Wiederaufnahmemöglichkeit eingestellt hat; insbesondere auch, weil in vielen Fällen keine andere Wahl mehr bleibt, wenn man eine unrichtige Entscheidung beseitigen will. Die Mittel, die der freiwilligen Gerichtsbarkeit eigentümlich sind, versagen leider nur allzu oft ²⁹⁴⁾. Vor allem hat auch die Abänderungsmöglichkeit des § 18 FGG bei weitem nicht die umfassende Bedeutung, die ihr gemeinhin zugebilligt zu werden scheint. In den praktisch wichtigen Fällen verschließt bereits § 18 II FGG die Abänderung und der übrige Rest vermag nach Eintritt der formellen Rechtskraft ebenfalls nicht korrigiert zu werden.

Nach Ausschluß der Abänderungsmöglichkeiten tritt der Grundsatz "ne-bis-in-idem" ein; ein erneutes Befassen des Gerichts mit der bereits formell rechtskräftig entschiedenen Sache wäre völlig sinnlos, da die Erstentscheidung sowieso maßgeblich und bindend ist, so daß gar nicht abgewichen werden könnte. Damit werden aber, wie bereits oben dargelegt, formell rechtskräftige Entscheidungen im klassischen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit ebenso materiell rechtskräftig wie im Parteistreitverfahren, wodurch auch hier die Voraussetzung für die Zulässigkeit der Wiederaufnahme geschaffen ist. Wegen der unlösbaren Verbindung von materieller Rechtskraft und Wiederaufnahme ist diese auch hier zu bejahen. Überraschenderweise hat die Rechtsprechung im allgemeinen die Kausalverhältnisse zwischen der Unabänderbarkeit einer Entscheidung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der materiellen Rechtskraft bis heute noch nicht richtig beurteilt ²⁹⁵⁾, wahrscheinlich durch den

294) vergl. oben unter II

295) vergl. Fußnoten 54 und 55

in der Praxis weit verbreiteten Handkommentar von Keidel beeinflusst, der meint ²⁹⁶⁾, daß Entscheidungen, die nicht der materiellen Rechtskraft fähig seien, abgeändert werden können, obgleich doch schon Josef ²⁹⁷⁾ aufgezeigt hat, daß die Kausalverhältnisse genau umgekehrt liegen ²⁹⁸⁾. Wegweisend ist hier die Entscheidung des OLG Neustadt ²⁹⁹⁾, das für das Verfahren nach §§ 39 ff Versch.G. die Wiederaufnahme des Verfahrens zugelassen hat, allerdings mit einer sehr wenig umfassenden Begründung. Es ergibt sich nicht zwingend, daß im klassischen Bereich weitere Analogien als die im FGG angeführten zur ZPO verboten seien. Vielmehr läßt sich das FGG auch so verstehen, daß der Gesetzgeber dadurch, daß er ausdrücklich gewisse Analogien zur ZPO vorschreibt, die ihm besonders wichtig erschienen, zu erkennen geben wollte, daß Analogien grundsätzlich möglich sein sollen. Das gilt natürlich nur dort, wo eine Verwandtschaft zwischen den Materien des Zivilprozesses und denen der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht. Für die Analogie zu den §§ 587 ff. ZPO ist diese Verwandtschaft sogar sehr groß. Das Gemeinschaftliche ist die materielle Rechtskraft, die aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit unlösbar mit der Wiederaufnahme verbunden sein muß. Aus den Motiven zum FGG ist für diese Frage nichts herzuleiten. Das Schweigen des Gesetzes ist aber angesichts der Tatsache, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens nunmehr in allen Verfahrensarten vorgesehen ist, also als genereller Grundsatz bezeichnet werden muß, als "beredtes" Schweigen zu werten, so daß nicht anzunehmen ist, daß das FGG eine Ausnahme von der Regel schaffen will. Baur ist zwar zuzustimmen, wenn er meint ³⁰⁰⁾, rechtsstaatliche Forderungen allein seien noch kein Gesetz, sondern allenfalls eine Anforderung an den Gesetzgeber; es kann ihm aber nicht gefolgt werden, wenn er weiterhin meint, daß es zwischen dem klassischen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Brücke zur ZPO gäbe ³⁰¹⁾, die er

296) Anm. 8 zu § 31

297) vergl. Fußnote 61

298) so anscheinend auch Bay. ObLG, NJW 60,2236, das beiläufig erwähnt, eine Verfügung sei nicht rechtskräftig geworden, weil sie noch nach § 18 FGG abänderbar sei.

299) OLG Neustadt, MDR 56,238

300) Baur § 32 II

301) Baur a.a.O.

aber für das Parteistreitverfahren durchaus anerkennt³⁰²⁾. Im übrigen läßt er die Wiederaufnahme des Verfahrens - wenn auch unter ausdrücklichem Protest gegen diese Bezeichnung - im Ergebnis eben doch zu³⁰³⁾.

Die gemeinschaftliche Brücke ist eben die materielle Rechtskraft, sowohl im Parteistreitverfahren als auch im übrigen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Grundsatz "ne bis in idem" ist allumfassender Natur und erstreckt sich auf jede Art hoheitlicher Tätigkeit. So sind z. B. keine Bedenken zu sehen, wenn einer formell rechtskräftigen, unwiderruflichen Konzession ebenfalls materielle Rechtskraft zugebilligt wird³⁰⁴⁾.

Wöhrmann-Herminghausen verneint die Wiederaufnahmemöglichkeit im klassischen Bereich³⁰⁵⁾ mit der überraschenden Begründung, daß aus Gründen der Rechtssicherheit und damit der Rechtsstaatlichkeit nicht mehr nachträglich in die Rechtsbeziehungen der Beteiligten eingegriffen werden sollte. Daß diese Auffassung fehl geht, liegt eigentlich auf der Hand. Es steht in Literatur und Rechtsprechung außer Zweifel, daß die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens nicht gegen die Rechtsstaatlichkeit verstößt³⁰⁶⁾.

Das Bay. ObLG hat im Erbscheinsverfahren zu Recht die Wiederaufnahme abgelehnt³⁰⁷⁾, weil durch den Antrag auf Einziehung des Erbscheins jederzeit das Verfahren wieder aufgerollt werden kann, so daß infolge dieser Abänderungsmöglichkeit keine materielle Rechtskraft eintritt. Es bleibt abzuwarten, ob das Bay. ObLG diese Rechtsprechung konsequent fortführen wird und dort, wo keine Abänderungsmöglichkeiten gegeben sind, die materielle Rechtskraft und die Wiederaufnahme des Verfahrens bejahen wird.

Da die Wiederaufnahmemöglichkeit so eng mit der Rechtskraft verbunden

302) Baur § 32 I

303) vergl. oben § 3 B 2)

304) vergl. RGZ 36,168

305) Wöhrmann-Herminghausen Anm. 13 zu § 30

306) statt vieler Baur § 32 II;

vergl. auch oben § 8 und § 13

307) Bay. ObLGZ 1951 Nr. 101

ist, muß man sie auch als generellen Rechtssatz ansprechen. Je nach der Art des Verfahrens ist sie unterschiedlichen Bedürfnissen zugeschnitten.

Für die freiwillige Gerichtsbarkeit kann nur die Wiederaufnahmeform der ZPO in Betracht kommen, da die besonderen Voraussetzungen, die in anderen Verfahrensarten, so z. B. der StPO zur besonderen Ausgestaltung der Wiederaufnahme geführt haben, hier nicht vorliegen.

Bei der grundsätzlichen Bedeutung der Wiederaufnahme des Verfahrens, d. h. bei ihrer Bedeutung als allgemeiner Rechtssatz ist auch nach den Rechtsprechungsgrundsätzen des BGH ³⁰⁸⁾ die Anwendung auf die freiwillige Gerichtsbarkeit möglich. Aus dem Ausnahmecharakter des Wiederaufnahmeverfahrens innerhalb des Zivilprozesses kann man jedenfalls nicht auf die Unabwendbarkeit für die freiwillige Gerichtsbarkeit schließen, denn das Wesen der §§ 578 ff. ZPO verbietet allenfalls eine Anwendung über die dort aufgestellten Einzelfälle hinaus ³⁰⁹⁾, keinesfalls aber die entsprechende Anwendbarkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

308) vergl. BGHZ 6,257 und 14,184

309) vergl. dazu Gaul § 4

§ 13

Wiederaufnahmemöglichkeit als rechtsstaatlicher
Grundsatz.

Der große Gegenpol der materiellen Rechtskraft ist die materielle Gerechtigkeit. Auch falsche Entscheidungen erwachsen in Rechtskraft und sind dann in aller Regel unabänderbar, wenn man davon absieht, daß eine Entscheidung erst nachträglich durch überholende Lebensumstände unrichtig geworden ist. Dann ist im Zivilprozeßrecht das Korrektiv des § 323 ZPO und der Vollstreckungsgegenklage gegeben. Eine so starre Rechtskraft, die, von den vorerwähnten Ausnahmen abgesehen, keinerlei Korrektur mehr erlaubte, wäre denkbar unerfreulich. Man mag zu gewissen Strömungen in Literatur und Rechtsprechung, die dahin gehen, daß durch großzügige Anwendung von Bereicherungsrecht und vor allem des § 826 BGB die Rechtskraft durchbrochen werden kann, stehen wie man will. Die Wiederaufnahme des Verfahrens für all die Fälle ganz besonderer Unzulänglichkeit der Verfahren muß man doch bejahen. Selbst wenn man ganz streng auf dem Boden der Rechtskraft steht und aus Gründen der Rechtssicherheit, etc. jede Aufweichung der Rechtskraft ablehnt, wird man nicht umhin können, die Fälle der Wiederaufnahme in ihrer Existenzberechtigung und darüber hinaus in ihrer Notwendigkeit anzuerkennen. Es hieße gerade die Rechtsstaatlichkeit ad absurdum führen, wenn man in ihrem Namen eine Rechtskraft errichtete, die von solcher Starrheit ist, daß sie keinerlei Konzessionen an die Gerechtigkeit mehr erlaubt. Es entspricht einer wohlausgewogenen Balance von Rechtskraft und materieller Gerechtigkeit, wenn man grundsätzlich an der Unabänderbarkeit eines Richterspruches festhält, mit der Ausnahme, daß stets dann eine Korrektur gegeben ist, wenn ganz bestimmte gravierende Mängel vorliegen³¹⁰⁾. Die allerschlimmsten Mängel führen, wie dargelegt, bereits zur Nichtigkeit der Entscheidung. Daß im Strafrecht der Gerechtigkeit größere Konzessionen zu machen sind als im

310) vergl. grundsätzlich Gaul § 2

Zivilrecht, ergibt sich aus der Natur der Sache.

Gerade erst die Ausgewogenheit von Rechtskraft und Gerechtigkeit zusammen ergibt die Form der Rechtsstaatlichkeit, die als politisches Bekenntnis den Geist unserer Verfassung ausmacht. So wie durch eine zu starre Rechtskraft die Rechtsstaatlichkeit ad absurdum geführt würde, bedeutete die Aufgabe der Rechtskraft zu Gunsten der Gerechtigkeit das Ende der Rechtssicherheit und damit ebenfalls aller Rechtsstaatlichkeit. Das beiden Polen entsprechende Korrelat ist eine feste Rechtskraft mit genau normierten Durchbrechungen in den Fällen besonderer Verfahrens- oder Sachmängel ³¹¹⁾. Daß es einer genauen Normierung der Ausnahmen bedarf, liegt auf der Hand ³¹²⁾. Wenn man auch hier allgemeine Grundsätze anwenden wollte, wie etwa in den Fällen der Nichtigkeit, wären die Durchbrechungen der materiellen Rechtskraft nicht geeignet, die ihnen zuge dachte Rolle zu spielen, denn es bestünde dann die Gefahr sowohl einer zu engen Auslegung, so daß praktisch nichts geholfen wäre, als auch einer zu großzügigen Handhabung, die zur Auflösung der Rechtskraft führte. Zumindest wäre man in stärkster Weise dem Pendelschlag politischer Zeitströmungen ausgesetzt. Die Wiederaufnahme des Verfahrens ist somit nicht ein Anliegen der Rechtsstaatlichkeit an sich, sondern ist das Ergebnis einer speziellen Nuancierung der Rechtsstaatlichkeit, die unserer deutschen Auffassung entspricht. Es ist durchaus denkbar, daß ein sehr konservativ eingestellter Rechtskreis viel starrer an der Rechtskraft festhält, ohne daß man die Rechtsstaatlichkeit eines solchen Gemeinwesens in Frage stellen könnte. Der speziellen rechtspolitischen und verfassungsrechtlichen Situation Deutschlands, wo man in beinahe gleicher Weise der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit zu dienen gewillt ist, entspricht die Wiederaufnahme des Verfahrens als rechtsstaatliches Erfordernis.

In allen Rechtsbereichen setzt sich die Wiederaufnahme des Verfahrens durch. Es darf in diesem Zusammenhang auf § 153 VwGO und weiterhin auf § 179 SGG verwiesen werden, wodurch die Wiederaufnahmemöglichkeit auch

311) BGH, NJW 1952, 1095;

Gaul § 7

312) vergl. BGH, NJW 53, 1545

für den Bereich der Sozialgerichtsbarkeit ausgedehnt wurde.

Kommt man somit zu dem Ergebnis, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens ein Grundsatz ist, der unserer Auffassung vom Rechtsstaat entspricht, so ist damit allein noch nicht gesagt, daß auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Wiederaufnahmemöglichkeit gegeben ist. Vielmehr wäre es nur ein rechtspolitisches Postulat und eine Aufforderung an den Gesetzgeber, die Wiederaufnahme des Verfahrens für die freiwillige Gerichtsbarkeit gesetzlich zu normieren ³¹³⁾.

Dennoch wird aber die rechtspolitische Notwendigkeit der Wiederaufnahme ein sehr wesentliches Indiz für die vorhandenen Auslegungsmöglichkeiten der bestehenden Gesetze und vor allem für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit von Rechtsanalogien sein. Das Wesen einer Analogie besteht doch darin, daß man Rechtsgedanken und Rechtsvorschriften für ähnliche Fälle anwendet, für die sie an und für sich nicht geschaffen wurden. Die grundsätzliche Frage, ob Analogie oder Umkehrschluß läßt sich schließlich nur an der rechtspolitischen Position orientieren. Inso- weit ist es von großer Erheblichkeit, daß eine eventuelle Analogie zu der gesetzlich geregelten Wiederaufnahme den rechtspolitischen Erforder- nissen entspricht und nicht etwa gar widerspricht.

Wenn feststeht, daß eine Analogie und nicht der Umkehrschluß den rechts- politischen Forderungen zu dienen geeignet ist, ist die Vorentscheidung bereits gefallen. Da keine erheblichen Unterschiede in der Sachlage der zu vergleichenden Fälle auftauchen, können keine Bedenken mehr gegen eine Analogie zugunsten des Umkehrschlusses bestehen.

313) insoweit ist Baur (§ 32 II) zuzustimmen.

I V

V e r f a h r e n d e r
W i e d e r a u f n a h m e

§ 14

Wiederaufnahmegründe

1) Die Wiederaufnahme nach § 579 ZPO wird für die freiwillige Gerichtsbarkeit nur mit folgenden Besonderheiten gelten können:

§ 579 Abs. I Nr. 2 ZPO muß ohne die Ausnahme eines erfolglosen Ablehnungsgesuches gelesen werden ³¹⁴⁾, soweit nicht eine Beurkundungstätigkeit bereits nach § 170 FGG nichtig ist, dann scheidet die Wiederaufnahme sowieso aus ^{314a)}. Das FGG kennt auch in den Fällen, in denen der Richter kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen ist, keine Möglichkeit eines Abhilfegesuches durch die Beteiligten ³¹⁵⁾. Nach dem FGG könnte ein solcher "Ablehnungsgrund" nur durch die Beschwerde geltend gemacht werden. Da ein Ablehnungsgesuch somit stets ohne Erfolg sein müßte, kann diese Einschränkung der Wiederaufnahmevorschriften für die entsprechende Anwendung auf die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht gelten.

Nr. 3 vorerwähnter Wiederaufnahmevorschrift kann überhaupt nicht angewandt werden, denn nach § 6 FGG ist es nicht möglich, einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Daraus ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber nicht gewollt hat, daß Parteien, bzw. Beteiligte von sich aus die Ausschaltung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit erreichen können. Wenn aber bereits im ordentlichen Verfahren keine Möglichkeit gegeben ist, einen Richter abzulehnen, so widerspricht es dem Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn den Beteiligten nunmehr auf dem Umweg über das Wiederaufnahmeverfahren die Möglichkeit gegeben würde, den angestrebten und vom Gesetzgeber nicht gebilligten Zweck doch

314) vergl. auch Müller, DNotZ 53,192

314a) vergl. auch § 162 S. 15

315) Keidel, Anm. 5 zu § 6;

OLG Hamm, MDR 50,495 a.M. für das Rückerstattungsverfahren KG, JR 51,

noch zu erreichen. Ganz abgesehen davon, daß § 579 I 3 sowieso nicht wörtlich anwendbar sein könnte, denn ein Ablehnungsgesuch könnte wegen § 6 FGG nie für begründet erklärt werden, da es bereits als unzulässig zurückgewiesen werden müßte, erscheint aus den vorstehenden Gründen eine entsprechende Anwendung unangebracht zu sein ³¹⁶⁾.

Inwieweit § 579 III ZPO entsprechend angewandt werden kann, erscheint fraglich. Eine direkte Anwendung entfällt bereits aus dem Grunde, da diese Vorschrift auf Schiedsurteile bezogen ist. In der freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt es keine Beschränkung der Beschwerde durch die Höhe des Streitwertes; damit fehlt es am eigentlichen Gegenstück zum Schiedsurteil. Es gibt zwar Entscheidungen, die nicht beschwerdefähig sind, das gibt es jedoch auch für den Zivilprozeß.

Hier im Zivilprozeß hat der Gesetzgeber diese Entscheidungen jedoch auch nicht generell unter § 579 III gestellt, sondern nur die Schiedsurteile erwähnt. Es besteht kein Anlaß, diese Vorschrift weiter auszuweiten. Da der Gesetzgeber somit nicht jede Verletzung des rechtlichen Gehörs beim Erlass von Entscheidungen, die nicht rechtsmittelfähig sind, unter die Wiederaufnahme des § 579 III gestellt hat, sondern nur die Schiedsurteile, kann für die freiwillige Gerichtsbarkeit diese Vorschrift keine Anwendung finden, weil es hier kein Gegenstück zum Schiedsurteil gibt. Obgleich es auch hier einen Anspruch auf rechtliches Gehör gibt, wie Baur nachgewiesen hat ³¹⁷⁾, besteht kein Anlaß, ihn höher einzuschätzen als im Zivilprozeß.

2) Die Restitutionsgründe des § 580 ZPO können ohne Einschränkung auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit gelten. Lediglich das Wort "Urteil" muß in "Entscheidung" umgedeutet werden.

³¹⁶⁾ so auch Müller a.a.O.

³¹⁷⁾ Baur §§ 19, 27 B I 3 b,
ferner AcP 153, 420 .

§ 15

Form der Wiederaufnahme

In der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann die Wiederaufnahme des Verfahrens natürlich nicht durch eine Klage eingeleitet werden. Statt dessen wäre ein Wiederaufnahmeantrag, bzw. -gesuch angebracht. Wegen der Formfreiheit des Verfahrens nach dem FGG muß § 587 ZPO dahingehend eingeschränkt werden, daß nur das aufzuhebende gerichtliche Erkenntnis bezeichnet werden braucht. § 588 ZPO kann nicht angewandt werden. Allerdings wird man fordern müssen, daß der Antragsteller die Tatsachen, in denen er einen Wiederaufnahmegrund erblickt, vorträgt. Jedoch kann man keine Beweisangebote verlangen, denn diese Forderung ist nur für den Zivilprozeß angebracht, in dem die Parteien die notwendigen Beweise selbst führen müssen. Für die freiwillige Gerichtsbarkeit mit ihrem ausgeprägten Untersuchungsprinzip ist Nr. 2 des § 588 ZPO nicht brauchbar. Dagegen wird man den inhaltlichen Kern der Nr. 3 auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit anwenden müssen. Es wird zwar keines genauen Sachantrages bedürfen, jedoch sollte man auch hier verlangen, daß der Antragsteller in etwa erklärt, was er zu erreichen gedenkt. Das wird insbesondere deshalb notwendig sein, da man die Zulässigkeit der Wiederaufnahme vom Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers abhängig machen muß. Sollte beispielsweise ein Wiederaufnahmegrund nach § 579 ZPO vorliegen, jedoch gar keine andere Sachentscheidung begehrt werden, so wäre es unsinnig, auf den Antrag eines Querulanten hin, in die gesamte Sachprüfung einzutreten. Das Wiederaufnahmegesuch muß bereits wegen mangelndem Rechtsschutzbedürfnis als unzulässig abgelehnt werden können; das setzt aber voraus, daß das Begehren des Antragstellers ersichtlich ist.

Es ergibt sich hieraus weiter, daß auch bei der Wiederaufnahme des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit die dreistufige Prüfung stattfinden muß. Es ist 1. festzustellen, ob das Gesuch statthaft ist und frist- und formgerecht eingelegt wurde. 2. Muß geprüft werden, ob

der vorgebrachte Grund durchgreift und 3. kann eine neue Sachentscheidung gefällt werden. Es ist wohl unzweifelhaft, daß bei Antragsverfahren auch die Wiederaufnahme nur auf Antrag durchgeführt werden kann. Fraglich bleibt aber, ob bei Verfahren, die von amtswegen einzuleiten sind, die Wiederaufnahme ebenfalls von amtswegen durchgeführt werden kann. Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man das bejahen, denn wenn die Beteiligten nicht Herren des Verfahrens sind und der Staat durch seine Organe von sich aus eingreifen kann, so hat der Gesetzgeber doch wohl ein Interesse an der Entscheidung gesehen, das nicht zur Disposition der Beteiligten stehen kann, d. h. die Regelung einer gewissen Frage scheint im öffentlichen Interesse zu liegen, so daß von amtswegen die Lösung angestrebt werden muß. Damit ist aber noch lange nicht gesagt, daß dieses staatliche Interesse an der Regelung eines Falles gleichzeitig ein Interesse an der richtigen Regelung ist. Es ist durchaus denkbar, daß nur irgendeine Regelung, gleichgültig welche, notwendig ist. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß es gleichgültig ist, ob eine Entscheidung richtig oder falsch ist; vielmehr geht es nur darum, ob das Interesse an der Richtigkeit der Entscheidungen, die im Zivilprozeß oder im Parteistreitverfahren nur auf Antrag ergehen können, geringer ist als an den Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die von amtswegen veranlaßt werden. Gegen die Annahme eines größeren Interesses spricht die Tatsache, daß die Überprüfung einer Entscheidung durch die höhere Instanz auch beim Amtsverfahren nur durch das Rechtsmittel der Parteien, bzw. Beteiligten ermöglicht wird. Somit haben es die Beteiligten in der Hand, ob sie eine vielleicht falsche Entscheidung gelten lassen wollen oder nicht. Das gilt jedoch nur beschränkt. Es spricht nämlich gleichzeitig für das größere Interesse, daß die Beteiligten durchaus nicht die Entscheidung darüber treffen können, ob eine Verfügung von Bestand sein soll oder nicht. Sie entscheiden zwar, ob das nächsthöhere Gericht die erstinstanzielle Entscheidung überprüft, sie haben es jedoch nicht in der Hand, ob der Erstrichter nicht im Rahmen des § 18 FGG eine Verfügung wieder abändert. Gerade die Abänderungsmöglichkeit des § 18 FGG und die damit verbundene Pflicht des Gerichts, für die Änderung unrichtiger Entscheidungen Sorge zu tragen, spräche

für die Wiederaufnahme des Verfahrens von amtswegen. Dennoch wird man nicht zu diesem Ergebnis kommen. Zunächst gelten die Abänderungsvorschriften für alle Verfahrensarten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sowohl für Antrags- als auch für Amtsverfahren. Es steht weiterhin aber doch wohl außer Frage, daß bei Antragsverfahren keine Wiederaufnahme von amtswegen möglich sein kann. Wenn der Gesetzgeber angeordnet hat, daß eine Entscheidung nur auf Antrag der Beteiligten ergehen kann, d. h. wenn die Parteien darüber disponieren dürfen, ob überhaupt in ihrer Sache entschieden werden soll, dann muß es ihnen auch freigestellt sein, eine ergangene Entscheidung als verbindlich zu betrachten und wenn ein noch so klarer Wiederaufnahmegrund besteht. Es kann im Grunde genommen aus der Abänderungsmöglichkeit kein entscheidender Gesichtspunkt gewonnen werden.

Selbst wenn man zu dem Ergebnis käme, daß der Gesetzgeber ein erhöhtes Interesse an der Richtigkeit der FGG-Verfügungen hätte, soweit er die Abänderungsmöglichkeit gibt, kann das für die Wiederaufnahme nichts aussagen, da sie gerade nur da eingreifen kann, wo keine Abänderung mehr möglich ist. Somit ergäbe sich, daß der Gesetzgeber überall dort, wo seine Abänderungsvorschriften nicht mehr eingreifen, das erhöhte Interesse an der Richtigkeit der Entscheidungen verneint hätte. Das sind aber jene Fälle, in denen die Wiederaufnahme des Verfahrens einsetzen kann. Deshalb ist in diesem Bereich kein Verfahren von amtswegen möglich.

Den Beteiligten wird des weiteren auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit durchaus zugemutet, sich über das Gesetz und die Rechtslage zu informieren. So kann z. B. die weitere Beschwerde nur auf Gesetzesverletzung gestützt werden. Hier muß der Beschwerdeführer die einschlägigen Gesetze kennen, denn nur so kann er entscheiden, ob er sein Rechtsmittel einlegen will. Es widerspricht also absolut nicht dem Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn man vom Beteiligten verlangt, sich über Rechtsvorschriften zu informieren und Tatsachen unter sie zu subsumieren. Man kann es deshalb ruhig dem Antragsteller überlassen, daß er selbst seine Wiederaufnahmegründe zusammensucht und die

entsprechenden Schritte einleitet. Bei der Einlegung eines Rechtsmittels, insbesondere bei der weiteren Beschwerde mutet man es ihm auch zu. Es besteht kein Anlaß, den außerordentlichen Rechtsbehelf des Antrages auf Wiederaufnahme anders zu behandeln, vor allem da man den Antragsteller sowieso zwingt, vorher die zulässigen Rechtsmittel einzulegen, so lange die Entscheidung nicht rechtskräftig ist. Wollte man das Wiederaufnahmeverfahren von amtswegen bejahen, so führte das in diesem Zusammenhang zu dem grotesken Ergebnis, daß bei einer nicht rechtskräftigen Entscheidung der Betroffene selbständig den Wiederaufnahmegrund durch ein Rechtsmittel geltend machen muß, während er nach Rechtskraft von amtswegen berücksichtigt wird.

Berechtigt zur Stellung des Wiederaufnahmeantrages ist jeder Betroffene, der beschwerdeberechtigt ist. Obgleich die Wiederaufnahmemöglichkeit kein Rechtsmittel, sondern nur ein außerordentlicher Rechtsbehelf ist, muß auch hier eine Beschwerde gefordert werden.

Im übrigen besteht kein Anlaß, bei der Form der Wiederaufnahme in weiteren Punkten von der ZPO abzuweichen.

L e b e n s l a u f

Am 4. Februar 1931 wurde ich, Georg Manfred L u d o l p h, als erstes Kind des Kürschnermeisters Georg Ludolph und seiner Ehefrau Gretchen geb. Gatterer in Zwickau/Sa. geboren.

Vom 6. bis 10. Lebensjahr besuchte ich die Volksschule und anschließend bis zum 18. Lebensjahr die Städt. Oberschule für Knaben in Crimmitschau/Sa.

Nach abgelegter Reifeprüfung im Jahre 1949 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft zunächst vom Wintersemester 1949 bis zum Sommersemester 1952 an der Universität Leipzig. Nach meiner Übersiedlung in die Bundesrepublik studierte ich Jura und Volkswirtschaft an der Universität Erlangen, wo ich vom Oktober 1952 bis zum Sommer 1955 eingeschrieben war.

Im Herbst 1955 legte ich die erste juristische Staatsprüfung ab, der im April 1960 die zweite folgte.

Seit September 1960 bin ich als Gerichtsassessor bei dem Bay. Staatsministerium der Justiz tätig.

